





Untersuchungen
zur
Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte
herausgegeben
von
Dr. Otto Gierke,
Professor der Rechte an der Universität Berlin.
42. Heft.

DER IMMOBILIARPROZESS DER FRÄNKISCHEN ZEIT

von
RUDOLF HÜBNER
DR. JUR.
PRIVATDOCENTEN AN DER UNIVERSITÄT BERLIN

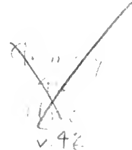
Breslau
Verlag von Wilhelm Koebner
(Inhaber: M. & H. Marcus)
1893.

DER
IMMOBILIARPROZESS
DER FRÄNKISCHEN ZEIT

VON

RUDOLF HÜBNER
DR. JUR.
PRIVATDOCENTEN AN DER UNIVERSITÄT BERLIN

Breslau
Verlag von Wilhelm Koebner
(Inhaber: M. & H. Marcus)
1893.



Vorwort.

Die Ausarbeitung des Verzeichnisses der fränkischen Gerichtsurkunden, dessen erstem 1891 erschienenem Theile der zweite demnächst als Beilage des XIV. Bandes der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abtheilung, nachfolgen wird, drängte von selbst dazu dem massenhaften rechtsgeschichtlichen Stoff, dessen Fülle und Reichhaltigkeit schon in den Regesten überraschend wirken muss, die Form einer zusammenhängenden Darstellung zu geben. Die reichste Ausbeute gewähren jene Denkmäler für die Kunde des Immobiliarprozesses der fränkischen Zeit. Darum will ich versuchen ihn auf Grund dieses Materials zu schildern, zumal er eine monographische Behandlung bisher noch nicht gefunden hat. Möge diesem Versuch die Anschauung zu Gute kommen, die eine lange Beschäftigung mit jenen lebensvollen Überresten der Vergangenheit gewährt.

Meine Arbeit bezweckt das Zerstreute zu verbinden und einigen Hauptgedanken möglichst übersichtlich unterzuordnen; dabei sucht sie sich die Forschungen der Meister unseres Fachs dankbar zu Nutze zu machen, ohne sich an der für die Wissenschaft öfter schädlichen als heilsamen Jagd nach neuen Ideen zu betheiligen. Sie ist im Sommer 1891 geschrieben und der Berliner juristischen Fakultät als Habilitationsschrift vorgelegt worden. Herr Geheimer Rath Brunner hatte die Güte, nachdem sie von ihm gelesen und von der Fakultät genehmigt worden war, mir die Benutzung der Korrekturbogen des damals noch nicht bis zum fränkischen Rechtsgang gediehenen zweiten Bandes seiner deutschen Rechtsgeschichte in Aussicht zu stellen. Desshalb unterblieb ihre Drucklegung vorläufig. Sie wurde dann

ein Jahr später auf Grund der Brunnerschen Darstellung, die der Verfasser, wie ich mit besonderem Danke für ihn wiederhole, bereits vor ihrer Veröffentlichung zu benutzen mir erlaubte, an einigen Stellen ergänzt und überarbeitet, konnte aber aus verschiedenen äusseren Gründen erst im November 1892 in den Druck gegeben werden. So tritt sie später in die Öffentlichkeit, als es meine Absicht gewesen war.

Von dem üblichen Quellen- und Litteraturverzeichniss glaube ich mit Rücksicht auf das in meinen Regesten gegebene absehen zu dürfen; ich will hier nur, um nicht unbequem zu werden, die häufig gebrauchten Abkürzungen L Sch und Th erklären. Jene bedeutet: Urkunden zur Geschichte des Deutschen Rechts herausgegeben von Hugo Lörsch und Richard Schröder I Privatrecht 2. Auflage Bonn 1881; diese: Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingienne et carolingienne publiés par M. Thévenin, Institutions privées Paris 1887. Wenn auf S. 20 Stutz Kirchliches Benefizialwesen I § 15 citiert wird, so ist das ein Hinweis auf den noch ungedruckten Theil des in den ersten Bogen jüngst als Berliner Dissertation veröffentlichten Werkes meines Freundes, den ich seiner Theilnahme an dieser Arbeit verdanke.

Wäre mir der kürzlich erschienene achte Band des Codex Cavensis früher zu Gesicht gekommen, so würde ich nicht unterlassen haben, die sehr anschauliche Gerichtsverhandlung von 1059 (p. 233 n. 1356) bei der Erörterung der Gewährschaftspflicht zu verwerthen; so muss ich mich begnügen, auf die Regesten zu verweisen.

Berlin, im Februar 1893.

Der Verfasser.

Inhalt.

Einleitung.

Der Aufbau des deutschen Sachenrechts beruht auf dem Gegensatz von fahrender Habe und liegendem Gut. Diese Gestaltung des Sachenrechts beeinflusste auch das Prozessrecht: es gelangte im deutschen Recht ein besonderer Immobiliarprozess zur Ausbildung.

In beiden Punkten steht das deutsche Recht bekanntlich im Gegensatz zum römischen. Das römische Recht kennt keinen solchen Unterschied der Gegenstände und daher auch keinen Unterschied zwischen einem Mobiliar- und Immobiliarprozess.

Schon hieraus ergiebt sich, dass die Auffassung des deutschen Rechts keine durch die Natur der Sache gegebene, die verschiedene Behandlung von Mobilien und Immobilien, die Ausbildung der zwei verschiedenen Prozessarten keine logisch nothwendige ist.

Ja, es sprechen verschiedene Gründe für die Annahme, dass im deutschen Recht die Abzweigung eines besonderen Immobiliarprozesses, die wir bereits in der Zeit der Volksrechte vollendet finden, erst allmählich an die Stelle ursprünglich einheitlicher Behandlung getreten ist. Auch das deutsche Recht hat wahrscheinlich in ältester Zeit nur eine einzige Art des Rechtsganges gekannt. Jede Klage, ohne Rücksicht auf den Gegenstand, war ursprünglich eine Deliktsklage[1]); es machte keinen Unterschied, ob Mord, Diebstahl oder Landraub vorlag. Daher

[1]) Brunner Deutsche Rechtsgeschichte II 1892 S. 328.

wird auch ursprünglich die prozessuale Durchführung aller dieser Klagen die gleiche gewesen sein. Es erhebt sich also die Frage, wodurch die Ausbildung besonderer Prozessarten veranlasst worden ist, aus welchen Gründen das deutsche Recht einen besonderen Immobiliarprozess ausgebildet hat. Denn dass der Immobiliarprozess es gewesen ist, der sich als besonderer Schössling aus dem Stamme des ursprünglich einheitlichen Verfahrens entwickelte, wie es als gewöhnlicher Rechtsgang im Mobiliarprozess sich erhielt, nicht etwa umgekehrt, zeigt seine Geschichte, die zwar manches alterthümliche besser, als es in dem gewöhnlichen Verfahren geschah, bewahrte, im allgemeinen aber sich von der ursprünglichen Grundlage weiter entfernte.

Auf jene Frage nun hat meines Erachtens Heusler die beste Antwort gegeben [1]).

Wir müssen davon ausgehen, dass Prozesse um liegendes Gut erst sehr viel später vorgekommen sein können als Rechtsstreitigkeiten um Fahrhabe.

Streitigkeiten um fahrende Habe fehlen selbst in den ursprünglichsten Kulturverhältnissen nicht. Grundbesitzprozesse aber sind erst möglich, wenn sich ein Liegenschafts-verkehr entwickelt, und ein solcher fehlte in der altgermanischen Zeit, in der das Erbenwartrecht keinen Verkauf, die genossenschaftliche Gleichberechtigung keine Leihe von Genossen an Genossen duldete [2]), die mit einem Wort keine Sonderrechte an Grund und Boden kannte [3]).

Erst als sich solche ausbildeten, was bei einigen Stämmen,

---

[1]) Vgl. besonders seine Institutionen des deutschen Privatrechts II § 79.

[2]) Mit Benutzung von Heuslers Worten, Gewere S. 496 (Excurs II). Zu vergleichen ist auch Laughlin in den Essays in Anglo-Saxon Law, Boston 1876 S. 227.

[3]) Allerdings stellt Ficker in seinem neuesten Werke (Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte 1891) wie viele andere, so auch diese bisher allgemein anerkannte Thatsache in Frage. Er verspricht, in einem späteren Theile den Nachweis zu führen, dass aus dem Vorkommen von Rechtsinstituten wie der rechten Gewere und dem Näherrecht auf das Vorhandensein von Sonderrechten an Grund und Boden schon zur Zeit vor Trennung der Goten und Skandinavier, ja selbst zur Zeit vor Verzweigung der Germanen in eine östliche und westliche Gruppe geschlossen werden müsse. Vorläufig, ehe er seine Gründe vorgelegt hat, müssen wir bei der herrschenden Ansicht stehen bleiben.

wie z. B. den Westgoten[1]), schon verhältnissmässig früh durch die Berührung mit römischer Bevölkerung und römischem Recht geschah, bei den meisten Stämmen aber erst um die Zeit der fränkischen Reichsgründung, hauptsächlich wohl in Folge des Aufkommens der Vergabungen an die Kirchen und der von diesen ausgehenden Verleihungen zu Niessbrauch[2]) der Fall war, waren die Vorbedingungen für einen Immobiliarprozess gegeben.

Die Lex Salica in ihrer ältesten Form kennt ihn bekanntlich noch nicht. Auch in ihrem 45. Titel *(de migrantibus)* ist der richtigen Ansicht nach von einem solchen keine Rede. Denn er handelt nicht, wie Fustel de Coulanges zu beweisen versucht hat, von einem Fremden, der sich eigenmächtig und widerrechtlich auf einem Landgut niederlässt und dann wegen Abwesenheit des Eigenthümers auf Klage eines Dorfgenossen, also im Wege des Immobiliarprozesses, zur Räumung veranlasst wird[3]), sondern er spricht nur den Rechtssatz aus, dass der Grunderwerb eines Ausmärkers binnen Jahresfrist nach seiner Ansiedelung durch den rechtsförmlichen Widerspruch eines einzigen Dorfgenossen rückgängig gemacht werden konnte[4]); von einem

---

[1]) Schon die Leges Eurici (466—484), das älteste Denkmal germanischer Gesetzgebung, setzen einen Immobiliarprozess voraus, z. B. 277 (Bluhme p. 2), 312 (Bluhme p. 30); vgl. Brunner Deutsche Rechtsgeschichte I S. 323.

[2]) Die hierher gehörigen Rechtsgeschäfte, Donationes post obitum, Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs, Rückverleihungen auf Lebenszeit sind aus germanischer Wurzel entsprossen, und ich möchte daher nicht mit Sohm (Fränkisches Recht und Römisches Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte germ. Abth. I 1880 S. 32 Anm. 42) schlechtweg die Berührung mit dem römischen Recht als den Grund für die Ausbildung eines Grundbesitzverkehrs betrachten.

[3]) Fustel de Coulanges Étude sur le titre de migrantibus de la loi Salique, Extrait de la Revue générale de droit, Paris 1886. Vgl. die Recension von W. Sickel Gött. gel. Anz. 1886 Nr. 10 S. 434.

[4]) So fasst Brunner (RG I S. 195) den Inhalt des Titels zusammen. Auch Gierke (Genossenschaftsrecht I S. 77) weist die Ansicht zurück, dass es sich um Okkupation eines fremden Hofes handle. Ob man das *migrare super alterum* übersetzt „gegen den Willen eines Anderen", wie Sohm früher unter Beibringung von Belegen verlangte (Fränk. Reichs- und Gerichtsverfassung S. 61 ff.), oder mit: „zu einem anderen ziehen", wofür er jetzt (die deutsche Genossenschaft 1888 S. 155) eintritt, bleibt für die allgemeine Auffassung des Titels ohne entscheidende Bedeutung.

wirklicheu Prozess ist keine Rede, sondern nur von einem exekutivischen Zwangsverfahreu.

Aber die erhaltenen Quellen des salischeu Rechts führen uns gerade in die Zeit des Übergangs ans der älteren in die neuere Knlturperiode hinein. Bereits der erweiterte, in die Zeit seit Ausgang des sechsten Jahrhunderts anznsetzende Heroldsche Text der Lex Salica erwähnt einen Fall des Rechtsstreits um liegendes Gnt; er spricht nämlich au einer Stelle[1]) von dem Streit zwischen den *nepotes aut pronepotes de alode terrae,* d. h. über ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück.

Dass dann in einigen viel späteren Ergänzungen des salischen Rechts[2]) anf den Immobiliarprozess eingehend Rücksicht genommen wird, ist eine nothwendige Folge der fortgeschrittenen wirthschaftlicheu Zustände.

Ähnlich verhält es sich im ribuarischen Recht; auch im ältesten Theile der Lex Ribuaria findet sich noch keine Spur des Immobiliarprozesses; ein später eingeschobener Theil dagegen, das in den Jahren 628—629 erlassene Königsgesetz, kennt die Anfechtung eines Verkaufs oder einer Schenkung von Grundbesitz[3]) und schreibt im Hinblick anf einen später möglicherweise entstehenden Prozess die Förmlichkeiten beim Eigenthumserwerb an Grundstücken ausführlich vor[4]); eiu anderer, derselben Zeit angehörender Titel spricht ausdrücklich von der Klage wegen widerrechtlichen Besitzerwerbes von Liegenschaften[5]).

Anch dem ursprünglichen, in den Jahren 480 bis 500 entstandenen Bestandtheile des burgundischen Volksrechts, der Konstitntionensammlung König Gundobads, ist ein Immobiliarprozess noch unbekannt; erst eine im Jahr 515 erlassene Novelle handelt ex professo vom Rechtsstreit um Liegenschaften. Hier stehen sich die beiden, einen wichtigen Kulturfortschritt abspiegelnden Zeugnisse allerdings auffallend uahe; selbst wenn

---

[1]) Bei Behrend 59, 5 Zusatz; bei Hessels 59, 6 Cod. 10 col. 385. Vgl. Brunner a. a. O. S. 196 Anm. 8.

[2]) Vgl. Extravagante A 2 de terra condemnata, d. h. commendata; Capitula legi Salicae addita a. 819 c. 9 (Boretius I p. 292); Septem causae IV 4.

[3]) L. Rib. 59, 1—8.

[4]) 60, 1.

[5]) 67, 5.

man das spätere Gesetz als Ergänzung auffassen will, bleibt es bezeichnend, dass in der vom König Gundobad veranstalteten Kodifikation jeder Hinweis auf den Immobiliarprozess fehlen konnte; man muss daraus schliessen, dass er, wenn überhaupt, nur erst eine bescheidene Rolle gespielt haben wird, und das trotzdem doch die Burgunder schon längst mit den Römern in naher Beziehung standen.

Wenn dagegen die älteste Rechtsaufzeichnung der Alamannen, der sog. Pactus Alamannorum, auf Immobiliarsachenrecht gar keine Rücksicht nimmt, die Lex Alamannorum aber genaue Vorschriften für den Immobiliarprozess enthält, so ist das leicht erklärlich; zwischen beiden Rechtsaufzeichnungen liegt ungefähr ein volles Jahrhundert (das siebente), gerade diejenige Zeit, in der wie im Süden der Alpen durch die Edikte der langobardischen Könige der Immobiliarprozess die sorgfältigste Ausgestaltung erhielt, so auch die ostrheinischen Stämme zu einem Liegenschaftsverkehr sich emporzuschwingen begannen, wie denn ein solcher, und damit der Immobiliarprozess, auch in dem bairischen Volksrecht eingehende Behandlung findet. Selbst bei den Sachsen entwickelt sich nunmehr beides; in zwei eigenthümlichen Stellen trifft die um 800 verfasste Lex Saxonum Anordnungen für das Beweisverfahren bei Klagen um widerrechtliche Aneignung von Liegenschaften[1]).

So ist denn bei allen Stämmen um die gleiche Zeit ungefähr der Übergang vollzogen und im Anschluss an den wirthschaftlichen Aufschwung und die dadurch bedingten Grundbesitzverhältnisse ein eigener Immobiliarprozess entstanden.

Dieser verhältnissmässig späte Zeitpunkt seines Aufkommens bewirkte nun aber, dass der Immobiliarprozess sogleich eine reichere Ausbildung erhielt. Denn er wurzelte nicht mehr wie der schon längst bekannte Mobiliarprozess in dem ursprünglichsten streng exekutivischen Zustande des deutschen Prozessrechtes; vielmehr zu der Zeit, als zuerst die Rechte am Grund und Boden Gegenstand des Verkehrs und gerichtlichen Streites wurden, hatte sich jenes altgermanische Verfahren bereits überlebt und hatte sich ein neues Prozessrecht entwickelt, das viel eindringlicher wie jenes alte, formale der Feststellung der

[1]) Lex Sax. 39 und 63.

materiellen Grundlagen des Streitverhältnisses seine Aufmerksamkeit zuwendete [1]).

Dieses zeitliche Zusammentreffen bewirkte, dass die neuen Grundsätze auf den neuen Prozess Anwendung fanden, während das alte Mobiliarverfahren sich auch weiterhin mit den bisher geübten, alterthümlicheren Formen begnügte; der Mobiliarprozess blieb auf einer älteren Stufe stehen, der Immobiliarprozess nahm die vorgeschritteneren, freieren Ideen auf und bewahrte nur ausnahmsweise, wie zum Beispiel in dem später zu besprechenden Einleitungsverfahren durch Mannitio und Anefang, Reste der formalen Periode.

Aber nicht bloss der spätere Zeitpunkt seines ersten Aufkommens war von günstigem Einfluss auf eine gesonderte, reichere Entwickelung des Immobiliarprozesses. Es kam vielmehr noch folgendes hinzu.

Sobald einmal Privateigenthum an Grund und Boden möglich geworden war, wurde es der wichtigste Bestandtheil des Vermögens. Grund und Boden war, wenn auch an sich gewiss nicht immer werthvoller als Kleider, Waffen, Schmuck oder Vieh, so doch, wie Heusler es lebendig dargestellt hat, darum von so unendlich höherer praktischer Wichtigkeit, weil von nun an auf ihm allein des Mannes Stellung in Familie, Gemeinde und Staat beruhte, der Grundbesitz daher die eigentliche Grundlage aller Rechtsverhältnisse bildete.

In Folge dieser überwiegenden Bedeutung aller Rechte an Liegenschaften erhielt das deutsche Immobiliarsachenrecht eine bei weitem reichere Ausbildung dem Fahrnissrecht gegenüber, und in Folge dieser reicheren Ausbildung überwand der Immobiliarprozess die Schranken, die den deutschen Mobiliarprozess, so lange ein solcher bestand, eingeengt haben [2]). Diese Schranken bestanden bekanntlich darin, dass eine bewegliche Sache, die mit Willen des Eigenthümers in den Besitz eines Anderen übergegangen, dann aber auf irgend eine Weise (z. B. durch Diebstahl) in die Hände eines Dritten gelangt war, von diesem Dritten seitens des Eigenthümers nicht zurückgefordert werden

---

[1]) Heusler Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Rechte 1871 S. 11.

[2]) Siehe besonders Heusler a. a. O.

konnte; eine Klage gegen den Dritten war nur dann möglich, wenn die Sache dem Eigenthümer gegen seinen Willen entzogen worden war, denn nur dann konnte in Befolgung des vielbesprochenen Satzes „Hand muss Hand wahren" auf den eigentlichen Entwender zurückgegangen werden. Dass aber diese Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe, kraft deren die Mobiliarklage gegen solche, welche die Sache vom Vertrauensmann erworben hatten, ausgeschlossen war, schliesslich nur darum bestehen bleiben konnte, weil „das praktische Leben für den Fahrnissverkehr mit dem Vorhandenen ausreichte" [1]), kann kaum bezweifelt werden.

Der dentsche Immobiliarprozess weist eine solche Beschränkung der Eigenthumsverfolgung nicht auf. Ich wüsste zwar gerade keinen einzelnen Rechtsfall aus den von mir benutzten Urknndensammlungen anzuführen, in dem man mit Bestimmtheit eine Immobiliarklage gegen den, der vom Vertrauensmann „erworben" hat, erkennen könnte. Aber vielleicht darf hier im Vorübergehen auf eine auch später noch zu erwähnende süditalienische Gerichtsurkunde aus dem Jahre 995 [2]) hingewiesen werden, in welcher sich der Beklagte auf seinen Autor beruft, von dem er das eingeklagte Grundstück zum Nutzgenuss *(ad pastenandum)* erhalten habe. Der Autor übernimmt die Gewährschaft nnd tritt an Stelle des Beklagten in den Prozess ein. Nunmehr klagt der Kläger wider den Autor, er habe jenes Grundstück widerrechtlich besessen nnd es also dem ersten Beklagten nicht verleihen können. Wir sind nun zwar über den Fortgang des Streites zwischen Kläger und Autor nicht unterrichtet; aber ich glaube, man kann, ohne sich dem Vorwurf unwahrscheinlicher Vermuthung auszusetzen, annehmen, dass der Autor seine Berechtigung dargethan haben wird, denn er ist der Abt des Maximusklosters zu Salerno, der sich doch wohl kaum eine widerrechtliche Besitzentziehung wird haben zu Schulden kommen lassen; die Wahrscheinlichkeit und die Analogie ähnlicher Fälle lässt vielmehr voraussetzen, dass er eine vom Kläger an das Kloster gemachte Tradition behauptet haben wird. War das aber seine Einrede (und wenn nicht

---

[1]) Heusler Institutionen II S. 10.

[2]) Cod. Cavensis III p. 31 n. 480.

in diesem, hätte doch in irgend einem ähnlichen Fall die Einrede des Autors so lauten können), dann hätte also der Kläger um ein Grundstück geklagt, das ihm nicht widerrechtlich entzogen, sondern vielmehr mit und durch seinen Willen auf den Autor nnd von diesem auf den Beklagten übergegangen wäre. Hätte es sich um bewegliches Gut gehandelt, so wäre jede Klage gegen den Besitzer wie gegen dessen Autor unbedingt ansgeschlossen gewesen.

So hat sich also durch die besonderen Umstände, die seine Entwickelung bedingten, durch die Zeit, in der sie erfolgte, und durch die Stellung, die liegendes Gut unter den Gegenständen des Verkehrs einnahm, der Immobiliarprozess, indem er trotz seiner späteren Entstehung den auf einer älteren Entwicklungsstufe stehen gebliebenen Mobiliarprozess überflügelte, zu einem besonderen Institut gestaltet, das eine Betrachtung für sich verträgt.

Im Folgenden soll der deutsche Immobiliarprozess wenn auch nicht in der Vollständigkeit seiner geschichtlichen Entwickelung so doch in der Gestalt, die er während der fränkischen Zeit in den verschiedenen Stammesrechten angenommen hat, einer solchen Betrachtung unterworfen werden. Da für diese Zeit das Recht der fränkischen Stämme die führende Rolle hat, so wird auch die folgende Untersuchung von ihm ausgehen müssen und daher in erster Linie auf die aus den west- und ostfränkischen Gebieten erhaltenen Quellen Rücksicht zu nehmen haben. Daneben sollen dann die Abweichungen oder Besonderheiten der übrigen Stammesrechte an den betreffenden Stellen hervorgehoben werden. Wenn auf die Rechtsverhältnisse Italiens besonders häufig eingegangen wird, so hat das seinen Grund in dem reichen Quellenmaterial, das uns dorther erhalten ist.

Das angelsächsische und skandinavische Recht zu berücksichtigen, lag nicht im Plane der Arbeit; ich darf wohl annehmen dass der Umkreis der beachteten Zeugnisse genügt, um ein einheitliches und vollständiges Bild zu gewinnen. Da in allen berücksichtigten Rechtsgebieten die Prozesse um Freiheit nach denselben Grundsätzen wie die um Eigen behandelt wurden, so können gelegentlich auch Urkunden, die Fälle der ersteren Art betreffen, als beweiskräftig verwendet werden.

Bei einer monographischen Darstellung des Immobiliarpro-

zesses kann es sich nicht darum handeln, diejenigen Dinge zu besprechen, die ihm mit den übrigen Arten des Verfahrens gemeinsam sind; insbesondere also wird alles, was mit der Gerichtsverfassung zusammenhängt, das Nähere über die einzelnen Beweisarten u. dgl. ausgeschlossen bleiben und nur das dem Immobiliarprozess Eigenthümliche und für seine Erkenntniss Wichtige behandelt werden.

Die Gliederung des Stoffes erfolgt in der Art, dass im ersten Kapitel die Einleitung des Verfahrens und die Klage, im zweiten die Klagebeantwortung, im dritten die Grundsätze der Beweisvertheilung und im vierten endlich die Bedeutung der den Prozess beendenden Akte erörtert werden sollen.

Neben den Bestimmungen der Volksrechte, auf die in Kürze hingewiesen worden ist, und zu denen einige Kapitularienstellen sowie die im Liber Papiensis vereinigten Arbeiten der langobardischen Juristen[1]) hinzukommen, bildet die Grundlage unserer Darstellung das reiche, aus allen Theilen des fränkischen Reichs (wenn wir von den Gebieten des sächsischen Rechts absehen) erhaltene Urkundenmaterial, das in möglichster Vollständigkeit durchzuarbeiten versucht wurde[2]), um den Vortheil, den der die mittelalterlichen Rechte behandelnde Forscher gegenüber dem Romanisten geniesst, nämlich an Stelle von theoretischen Erörterungen von immerhin höchster Feinheit sich auf die unmittelbaren Überreste der lebendigen Rechtsfälle stützen zu

---

[1]) Doch sollen die Formeln des Liber Papiensis und die Erörterungen der Expositio nur durchaus in zweiter Linie berücksichtigt werden, denn in ihnen sind die Anschauungen einer schon vom wiederauflebenden römischen Recht beherrschten Zeit niedergelegt. Vgl. Ficker Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens I 1868 S. 12.

[2]) Ich verweise hier auf die von mir angefertigten Regesten der fränkischen Gerichtsurkunden, deren erste Hälfte, die ausseritalienischen Gerichtsurkunden bis zum Jahre 1000 umfassend, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte germ. Abth. Band XII 1891 und auch als Sonderabdruck erschienen ist. Die in dieser ersten Hälfte verzeichneten Stücke werden im Folgenden an erster Stelle nach ihrer Regestennummer citiert.

Die Citate finden ihre Erklärung in dem dort gegebenen Quellenverzeichniss; so weit die dort noch nicht angeführten italienischen Sammlungen in Betracht kommen, wird vorläufig bis zum Erscheinen der zweiten Abtheilung unter anderem auf das Verzeichniss in Fickers Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens verwiesen.

können, soweit als möglich auszubeuten. Denn eine Benutzung von Urkunden kann in unserem Falle nur dann zweckmässig angestellt werden, wenn sie die Unvollkommenheiten, die so vielen dieser Denkmäler einzeln betrachtet anhaften, durch die Berücksichtigung möglichst zahlreicher Fälle auszugleichen sucht.

Erstes Kapitel.

Die Klage.

I. Die Einleitung des Rechtsstreits.

1. Die Ladung.

Der nächste Zweck, den der Kläger zu erreichen bestrebt sein muss, ist der, seinen Gegner, Widersacher, zu nöthigen, dem Angriff zu stehen.

Das geschah nach den Grundsätzen des alten germanischen Rechtes durch eine blosse Parteihandlung: in rechtsförmlicher Weise spricht der Kläger den Beklagten an und ladet, mahnt ihn, wenn er die Erfüllung des Anspruchs weigert, vor Gericht, damit er sich dort verantworte.

Diese älteste Form der Ladung, die unter bestimmten Förmlichkeiten stattfindende Ladung der Partei durch die Partei auf Grund eines einseitigen Aktes, für welche die fränkische Rechtssprache den technischen Ausdruck Mannitio[1]) verwendet, spielt im Immobiliarprozess der fränkischen Zeit eine besondere Rolle.

Sie erhielt sich nämlich im Immobiliarprozess länger als sonst. Im allgemeinen wurde während der fränkischen Zeit die Mannitio, die rechtsförmliche Parteiladung, durch die Bannitio, die Ladung des Gegners durch richterlichen Befehl, ersetzt,

---

[1]) Über die Mannitio vgl. z. B. Brunner Entstehung der Schwurgerichte S. 44; v. Amira in Pauls Grundriss der germanischen Philologie II 2 S. 190; jetzt besonders Brunner Deutsche Rechtsgeschichte II S. 332 ff.

eine Neuerung, die damit zusammenhing, dass überhaupt der Rechtsgang mehr und mehr aufhörte, ausschliesslich von den Parteihandlungen abhängig zu sein, vielmehr eine richterliche Prozessleitung sich entwickelte.

Dagegen wurde die Mannitio für den Rechtsgang von Liegenschaften (und ebenso für Freiheitsprozesse) noch in karolingischen Reichsgesetzen ausdrücklich als einzig erlaubte Form der Ladung aufrechterhalten. In den Kapitularienstellen, die diese Anordnung enthalten, wird ausdrücklich hervorgehoben, dass damit für die genannten Prozessarten eine Ausnahmebestimmung getroffen werden solle[1]). Der Grund, wesshalb gerade im Immobiliarprozess die alterthümliche Ladungsform beibehalten wurde, mag in Folgendem gelegen haben. Die Mannitio musste, wie das in der Lex Salica 1, 3 festgesetzt wird, im Hause des Gegners vorgenommen werden; dort musste der Kläger in Gegenwart von Zeugen dem Beklagten selbst, oder wenn er abwesend war, d. h., wie in 1, 5 näher ausgeführt wird, wenn er sich in eigenen Geschäften (im Gegensatz zum Königsdienst) anderswo, aber innerhalb des Gerichtsbezirkes aufhielt, der Frau des Beklagten oder einem Familiengliede die Ladung kundthun[2]). Voraussetzung für gültige Vornahme der Mannitio war also, dass der Gegner in seinem Domizil anzutreffen war oder wenigstens innerhalb des Gerichtsbezirks sich aufhielt, so dass ihm leicht Nachricht gegeben werden konnte. Floh er in einen andern Gau, so war eine Mannitio unmöglich. Bei Streitigkeiten um

---

[1]) Cap. legi add. v. J. 816 c. 4, MG Capitularia I p. 268: *Ut de statu suo, id est de libertate vel hereditate, conpellandus iuxta legis constitutionem manniatur. De ceteris vero causis* . . . . . Item Cap. legi add. v. J. 816 c. 3, I p. 270: *De mannire vero, nisi de ingenuitate aut de hereditate, non sit opus observandum.* Cap. legibus add. v. J. 818/819 c. 12, I p. 283: *Si quis de statu suo, id est de libertate vel de hereditate conpellandus est, iuxta legis constitutionem manniatur; de ceteris vero causis, unde quis rationem est redditurus, non manniatur sed per comitem banniatur.* Vgl. Sohm R u. GV S. 116.

[2]) L. Sal. 1, 3: *Et ille qui alium mannit cum testibus ad domum illius ambulare debet: et si praesens non fuerit, sic aut uxorem aut quaecumque de familia illius apellit, ut illi faciat notum quod ab eum mannitus est.* 4: *Nam si in dominica ambasia fuerit occupatus, mannire non potest.* 5: *Si uero infra pago in sua ratione fuerit, sicut superius diximus mannire potest.*

Grnndstücke mag man einen Flnchtverdacht nicht gehegt haben, konnte doch der Beklagte, wenn er sich nnrechtmässig einer fremden Liegenschaft bemächtigt hatte, diese nicht, wie eine bewegliche Sache, mit sich entfernen. Und so behielt man hier die alte Parteiladung bei und schärfte sie als einzig erlanbte ein, auch nachdem sie in den anderen Fällen bereits als ungeeignet abgeschafft worden war.

Wie sich aus den genannten Kapitularienstellen ergiebt, ist die Mannitio im Immobiliarprozess noch zu Anfang des neunten Jahrhnnderts durchaus praktisches Recht gewesen. Gleichwohl lassen sich den Sätzen der Volksrechte nnd den reichsgesetzlichen Bestimmungen, in denen von ihr die Rede ist, soviel ich sehe, keine urkundlichen Belegstellen an die Seite setzen [1]. Dass wir auch in den älteren Urkunden keine Spnr der Mannition finden, erklärt sich hinlänglich aus der äusseren Form, in der sie abgefasst wurden: diese nahm auf die aussergerichtlich stattfindenden Akte nnd also anch auf die der Eröffnung des Verfahrens vorangehende Ladung durch die Partei keine Rücksicht; es kann daher ans dem Nichtvorkommen der Mannition in den älteren Urkunden keineswegs der Schluss gezogen werden, dass sie in den einzelnen überlieferten Fällen auch wirklich nicht stattgefunden habe.

Trotz jener ausdrücklichen Einschärfung dnrch die Reichsgesetzgebung scheint aber mit der Zeit auch im Immobiliarprozess die alte Ladungsform der neuen beqnemeren, gefahrloseren und sicheren durch richterlichen Befehl gewichen zu sein. In den Quellen der folgenden Zeit tritt uns die einseitige Parteiladung im grossen nnd ganzen nicht mehr entgegen; eine Ausnahme macht nur eine Bestimmnng des Schwabenspiegels, von der weiter unten noch zu sprechen sein wird; sie verlangt bei Streitigkeiten nm Eigen ein von dem Kläger an den Beklagten gerichtetes Fürgebot, das der alten Mannition entspricht.

[1] Nur in einem der Formelsammlung von Sens angehörenden Stück (Cart. Sen. 26, MG Formulae p. 196) findet sich der Ausdruck *mannire;* aber die Verbindung, in der er gebraucht wird *(mannire apud nostro,* des Königs, *signaculo),* zeigt, dass hier gerade die Bannitio, Ladung durch königlichen Befehl, gemeint ist; die Formel ist also, wie Sohm R u. GV S. 115 Anm. 47, S. 116 Anm. 50 nachweist, ein Zeugniss dafür, dass zu Beginn des neunten Jahrhunderts Mannitio und Bannitio in einander überzugehen beginnen.

Was die die Mannitio verdrängende Bannitio betrifft, so können wenigstens einige Urkunden aus dem Gebiet des fränkischen Rechts angeführt werden, in denen diese Form der Ladung deutlich zu erkennen ist[1]).

Eine septimanische Gerichtsurkunde aus dem Jahre 892[2]) betrifft einen von dem Bischof von Nimes wider einen gewissen Genesius geführten Prozess um die von der Bligardis an die Kirche von Nimes geschenkte villa Bizac. Der Kläger trug die Klage dem König Odo vor, während dieser sich auf der Jagd befand. Der Graf des Gaues, in dem die eingeklagte Villa lag, war im Gefolge des Königs zugegen; er erklärte, dass er in der That den Beklagten auf Grund eines ihm vorgewiesenen königlichen Befehls mit der Villa investiert habe. Aber alle Anwesenden bezeugen, dass ein solcher Befehl niemals ertheilt worden sei; in Folge dessen wird dem Kläger ein Inquisitionsmandat ausgestellt, auf Grund dessen der Graf die Inqnisition vornehmen soll. Als nun der Graf Gericht abhält, legt der Bischof sein Mandat vor, und der Graf schickt an den Beklagten den Befehl, vor ihm zn erscheinen und sich zu verantworten,

> *comes suas literas ad Genesium misit, ut ante eum ad placitum veniens audiret et videret inquisitionem atque adprobationem scripturarum, quam rex de predictis rebus facere iusserat.*

Also eine Ladung durch richterlichen Befehl.

Ferner eine burgundische Urkunde ans dem Jahre 898[3]). Zn Varennes erhebt vor der Königin Ermengardis der Abt von Gigny Klage wider Bernard, einen Vasallen der Königin, nm die Zelle Balma;

> *quod tam benignissima et venerabilis regina quam omnes undecumque confluentium principes diligentes intendentes diligentiusque audientes predictum Bernardum in medium vocaverunt*[4]).

---

[1]) Weitere Beispiele bei Sohm R u. GV S. 114 Anm. 43, 44, S. 115 Anm. 48.

[2]) Nr. 434. Vaissete II c. 83 n. 12. Germer-Durand Cartulaire de Nimes p. 10 n. 5.

[3]) Nr. 451. Histoire générale et particulière de Bourgogne I preuves p. 19 n. 24.

[4]) Bereits die Lex Burgundionum (17, 4) kennt die richterliche Ladung.

Besonders auschaulich endlich ist das Verfahren der Bannitio in einer cluniacenser Urkunde von 926 geschildert[1]). Eine Frau Bertagia erscheint im Gericht König Rudolfs II. von Burgund und klagt gegen Leutardus um die ihr und ihrem Sohne als Erbtheil ihres Mannes zukommenden Ländereien *in curte Avenaco.* Der König beauftragt die Grafen Turumbertus und Anselmus und den Pfalzgrafen Ugo mit der Inquisition und Entscheidung. Darauf heisst es:

> *misit ipse Ugo bannum domini regis, ut ad mallum primum quod in ipso comitatu tenuerint, in eadem presentia veniant Leutardus et Teodoricus vel ipsa femina.*

Hier also ergeht der richterliche Ladungsbefehl nicht nur an die Beklagten (in welchem Verhältniss der mitbeklagte Teodoricus zu den übrigen Personen steht, wird nicht klar) sondern auch an die klagende Partei.

Aus den übrigen cisalpinen Gebieten wüsste ich keine urkundlichen Beispiele von Immobiliarprozessen, in denen die obrigkeitliche Ladung erwähnt wird, anzuführen; aber da sichere Anhaltspunkte vorliegen, dass auch hier im allgemeinen die Mannition durch die Bannition während der fränkischen Zeit verdrängt wurde[2]), so wird man annehmen können, dass auch hier im Rechtsgang um Grundstücke das freiere Verfahren Platz griff.

In Italien treffen wir von einer rechtsförmlichen Ladung durch die Partei keine Spur mehr an. Gleichwohl steht nichts der Annahme entgegen, dass auch bei den Langobarden ursprünglich diese Ladungsform bestanden hat; sie ist dann aber hier (ebenso wie bei den Westgoten) so früh durch die richterliche Ladung verdrängt worden, dass die Rechtsquellen nur noch diese erwähnen[3]).

Diese richterliche Vorladung lässt sich in einer Reihe von

Sie tritt subsidiär ein, wenn zweimal vergeblich Parteiladung erfolgt ist. Brunner RG II S. 339.

[1]) Nr. 496. Chartes de Cluny I p. 247 n. 256.

[2]) Die Lex Baiuwariorum (13, 2) erwähnt wie die Lex Burgundionum eine subsidiäre richterliche Ladung; richterliche Ladung findet sich auch in der Lex Alamannorum 36, 3. Brunner RG II S. 339, 340. Vgl. darüber noch das weiter unten Gesagte.

[3]) So Brunner RG II S. 339.

italienischen Gerichtsurkunden deutlich erkennen. Und zwar gehören einige dieser Beispiele einer Zeit an, in welcher, wie die oben besprochenen Kapitularienstellen darthun, im übrigen Frankenreich für den Immobiliarprozess noch die Mannitio vorgeschrieben war; in Italien ist also die alterthümliche Ladungsform am frühesten verschwunden. Aus der vorkarolingischen Zeit kann zunächst die erste der zahlreichen Urkunden genannt werden, die den langandauernden Streit zwischen den Kirchen von Arezzo und Siena betreffen[1]). Der Bischof von Arezzo erhebt zu Siena vor dem Missus Ambrosius Klage wider den Bischof Deodatus von Siena.

> *Hoc audito*, fährt die vom Missus ausgestellte Urkunde fort, *fecimus suprascriptum Adeodatum . . . in nostram venire presentiam, quatenus . . . . causam dicere deberet.*

Ferner ist eine Mailänder Urkunde aus den Jahren 721 bis 744 anzuführen[2]). Ein königlicher Missus berichtet, dass ihm im Freiheitsprozess des Lucius wider Toto de Campelliuni der Inquisitionsbefehl ertheilt worden sei:

> *et fecemus ipso Totune venire in ante nus estum Luciune iudicium avendum,*

d. h. er befiehlt dem Beklagten vor Gericht zu erscheinen, um sich dem Kläger gegenüber zu rechtfertigen.

Zwar ist dies ein Statusprozess; aber nach den obigen Bemerkungen hat es kein Bedenken, ihn für unsere Frage zu verwerthen, ebenso wenig wie einen anderen Statusprozess aus dem Jahre 762[3]). Der Abt des Benediktusklosters zu Benevent erhebt vor dem Herzog Klage gegen verschiedene Hörige, die sich der schuldigen Dienste zu entziehen suchten.

> *Nos quippe* — erklärt der Herzog — *dum talia audissemus, continuo iussimus ante nostra vestigia ipsos homines*[4]).

Diesen Beispielen können noch einige weitere aus der

---

[1]) Troya III p. 158 n. 400. Brunetti p. 426 n. 6. Ughelli I c. 410.

[2]) Cod. Lang. c. 133 n. 73. Fumagalli p. 18. Troya IV p. 354.

[3]) Troya V p. 166 n. 779. Ughelli VIII c. 617.

[4]) Diese drei Beispiele führt auch Opet, Prozesseinleitungsformen S. 98, 99 an, um die Behauptung Fickers, die zeitgenössischen Urkunden enthielten keine Beispiele der Bannition (Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens I S. 30), zu widerlegen.

Zeit nach der Vereinigung mit dem Frankenreich hinzugefügt werden.

In einer luccheser Gerichtsurkunde aus den Jahren 801 bis 802 handelt es sich um eine von dem Vogt der Silvesterkirche erhobene Klage; die Vorsitzenden beurkunden, dass sie den Beklagten geladen haben:

> *fecimus ipsum* (den Beklagten) *in placito die ante nos venire* [1]).

Im Jahre 827 klagen im missatischen Gericht zu Turin siebzehn Bewohner der Villa Onlx gegen das Kloster Novalese, das von ihnen zu Unrecht Dienste fordere. Der Vorsitzende, Graf Boso,

> *in suis praesentiis vel suprascriptis hominibus fecit venire Ghiseberto de Felecto, qui est avogado de prefato monasterio, quod exinde responsum daret* [2]).

Das Ambrosiuskloster zu Mailand klagt 859 vor Angilbert, dem Erzbischof und Königsboten, dass Lupo, ein Vasall des Erzbischofs, Besitzungen *in fundo Colonia* unrechtmässig innehabe.

> *Hoc audito ipse pontifex et missus dni imperatoris commendavit Gisoni diacono et vicedomno suo, ut facerit venire sui presentia eodem Lupone simul et avocatore de parte ipsius monasterii ex ac causa ad ratione standum et iuditium habendum* [3]).

Also anch hier obrigkeitliche Ladung beider Parteien.

Dann in der späteren Zeit werden die Beispiele spärlicher, wenigstens von solchen Fällen, in denen nicht Versäumnissverfahren eintritt; von diesen wird noch später zu sprechen sein. Dagegen wird man wohl noch in folgenden zwei Urkunden deutlich die Erwähnung der Bannitio im ordentlichen Verfahren erkennen können.

Die eine berichtet, dass im Jahre 998 die Priester der Eustathiuskirche zu Rom den Kaiser Otto III., als dieser mit Papst Gregor V. in der Basilika des heiligen Petrus residierte, angingen,

---

[1]) Memorie di Lucca IV 2 p. 5 n. 3.

[2]) Monum. Patriae Chart. I p. 34 n. 19. Muratori Ant. I c. 481. Ficker p. 14 n. 10.

[3]) Cod. Lang. c. 341 n. 207. Fumagalli p. 326. Giulini I p. 447.

ihnen gegen den Abt Hugo von Farfa Recht zu verschaffen, der ihnen zwei in den alexandrinischen Thermen gelegene Kirchen bestreite. Es heisst:

> *inter hanc reclamationem, casu accidente, affuit Hugo abbas in basilica beati Petri apostoli. Ipsa hora residebat in iudicio dnus Leo archidiaconus s. imperii palatii ex parte dni imperatoris una cum Johanne urbis Romae praefecto et iudicibus Romanis ex parte dni papae. Tunc statim fecerunt venire Hugonem abbatem in iudicio, cui et dixit Leo archidiaconus: volo ut respondeas istis presbiteris, qui quaerimoniam habent super te* [1]).

Die Sache hat sich also so verhalten, dass der Kaiser die bei ihm angebrachte Klage vor das gleichzeitig in seinem und des Papstes Namen tagende Gericht überwiesen hat, und dass die Vorsitzenden dieses Gerichtes den Beklagten, der sich zufällig gleichzeitig in Rom aufhielt, kraft richterlichen Befehls sofort vorgeladen haben.

Und endlich eine weitere Farfenser Gerichtsurkunde aus dem Jahre 999 [2]); sie betrifft einen Streit zwischen dem Abt von Farfa und dem Abt des Klosters der heiligen Cosmas und Damianus um die *cella s. Mariae in Minione*, die, wie der Abt von Farfa vor Kaiser Otto III. klagt, ihrerseits jenem Kloster *per emphiteusin cartulam*, nämlich auf Lebzeiten von drei aufeinanderfolgenden Äbten, verliehen worden sei, die jetzt aber ihnen zu entziehen versucht würde. Auf den Klagevortrag hin

> *praecepit dnus imperator predicto Hugoni abbati ire cum suis nuntiis ad Lateranense palatium ante praesentiam Gregorii papae, ut lex fierit. Advocatusque est Gregorius abbas monasterii s. s. Cosmae et Damiani ad placitum.*

Offenbar also Bannitio des Beklagten, wenngleich nicht ganz klar ist, ob sie vom Kaiser oder vom Papst ausgeht.

Die Ladung durch die Partei, die Mannitio, und die Ladung durch richterlichen Befehl, die Bannitio, waren Zwangshandlungen; sie waren für Fälle berechnet, in denen der Gegner sich jeder anderen nicht mit Zwangsgewalt ausgestatteten Aufforderung widersetzen würde.

---

[1]) Regesto di Farfa III p. 137 n. 426. Muratori Scriptores II b c. 505.

[2]) Regesto di Farfa III p. 149 n. 437. Muratori Scriptores II b c. 500.

Jedoch war es natürlich auch möglich, dass der Gegner von vornherein bereit war, sich auf einen Rechtsgang mit dem Kläger einzulassen. Dann bedurfte es keiner zwangsweisen Ladung; es genügte, dass die Parteien sich verabredeten, zusammen vor Gericht zu erscheinen. Das heisst, sie schlossen ein Streitgedinge ab[1]), das nicht wie die Mannitio ein einseitiger nur vom Kläger ausgehender Akt, sondern ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist. Es wird in rechtsförmlicher Weise geschlossen: der Beklagte gelobt, in dem Termin zu erscheinen, um dem Kläger zu Recht zu stehen.

Hierfür verwenden die Quellen den Ausdruck *placitum adramire*, der auch da gebraucht wird, wo bei Vertagung der Sache die Parteien ihr Erscheinen im neuen Termin geloben.

So heisst es in einer Formel von Sens[2]), dass der nun ausgebliebene Beklagte sein Erscheinen *ante comite aframitum habuisset;* eine Formel von Tours[3]) erwähnt dabei ausdrücklich die Festuca *(per fistucam adframire)*, woraus wir also ersehen, dass die feierlichen Verpflichtungssymbole zur Verwendung kamen. Auch Bürgen wurden bei dieser Gelegenheit benutzt; das zeigt uns eine Gerichtsurkunde Karls des Grossen von 818[4]): der Kläger trägt vor, der Beklagte habe ihm Bürgen gestellt, innerhalb von 42 Nächten im Königsgericht zu erscheinen.

Ein Streitgedinge wird man auch in einem Placitum König Chlodovechs III. von 692[5]) zu erkennen haben, in dem der Abt von St. Denis wider den Abt Ermenoald um eine von diesem übernommene Bürgschaft Klage erhebt. Es wird vom Kläger zur Begründung angeführt, dass Parteien im geistlichen Gericht vor Bischof Siegfried von Paris übereingekommen seien, den zwischen ihnen aus Anlass jener Bürgschaft schwebenden Streit entweder durch einen vom Beklagten vor dem Bischof selbviert zu schwörenden Eid, oder vor dem Königsgericht im Wege Rechtens auszutragen.

---

[1]) Hierüber siehe jetzt Brunner RG II S. 340, 341.

[2]) Cart. Sen. n. 10 MGF p. 189.

[3]) Addit. e codicibus Form. Turon. n. 6 MGF p. 161.

[4]) Nr. 197 Tardif p. 76 n. 103. Bouquet V p. 776. Mühlb. 455.

[5]) Nr. 36 DDM p. 53 n. 60. Tardif p. 24 n. 30. Pardessus II p. 223 n. 424.

Allerdings, hier handelt es sich nicht um einen Immobiliarprozess, wie auch jene beiden fränkischen Formeln sich nicht direkt auf einen solchen beziehen, wenngleich sie auch da verwendet werden konnten.

Die Spärlichkeit urkundlicher Belegstellen erklärt sich auch hier wieder aus dem Umstand, dass die aussergerichtlichen Vorgänge in den Text nicht aufgenommen zu werden pflegten. Nur aus Baiern liegen eine Reihe direkter urkundlicher Zeugnisse für den Abschluss eines Streitgedinges vor; auch dadurch wird die Annahme Brunners[1]) gestützt, dass in Baiern das Streitgedinge wahrscheinlich die regelmässige Einleitung des Rechtsgangs gewesen ist.

So berichtet z. B. eine Urkunde ans dem Jahre 798[2]) von einem um die Martinskirche zu Haushausen geführten Streit. Diese Kirche beanspruchten Hiltiport und Egilolf ihren Miterben gegenüber,

> *atque omnes coheredes*, wie es in der Urkunde heisst, *contentionem inter se pro ipsam ecclesiam habuerunt. Et tunc congregati fuerunt Hosi et fecerunt concilium inter illos et non potuerunt se pro ipsam ecclesiam coadunare vel reconciliari et dicebant Ejoni presbytero* (dem einen der Miterben) *Oadalker et Reginhart vel Nibilunc* (also drei der Hosi), *ut veniret ad suum episcopum et nuntiaret illi, et ipse sic fecit et ille domnus episcopus misit illum cum suis coheredibus ad missis dominicis in locum, quae dicitur Lorahha in monte nuncupante Wartperc, ibi fuit Arn episcopus, Keroldus, Meginfredus, Wolfwolt et Rimicoz iudex, et ibidem in presentiam venerunt Ejo presbyter cum suis coheredibus.*

Man kann also annehmen, dass die streitenden Erben zunächst auf jenem Concilium durch Vermittelnng der Familienglieder des Geschlechts der Hosier, dessen Angehörige sie höchst wahrscheinlich waren, sich gütlich aussergerichtlich zu einigen versuchten, dass sie dann aber auf Rath jener beschlossen, die Sache im Wege Rechtens auszutragen, und zu diesem Zweck ein Streitgedinge eingingen; denn aus dem Wortlaut ist zu entnehmen, dass auch

[1]) RG II S. 341.

[2]) Nr. 140 Meich. I 2 p. 96 n. 129. Vgl. Stutz Kirchl. Benefizialwesen I § 15.

die Beklagten Egilolf und Hiltiport nicht gezwungen, sondern ans freien Stücken vor Gericht erschienen sind.

Ferner gehört folgender Fall hierher[1]). Im Jahre 804 wurde zu Tegernsee vor dem Erzbischof von Salzburg die Klage des Bischofs von Freising wider den Abt von Tegernsee um verschiedene Kirchen, einen Zehnten und zwei Altäre verhandelt. Diese Klage war schon gegen den Vorgänger des jetzigen Abtes anf einem früheren Tage zu Regensburg verhandelt worden. Dort hatte der Abt Rückgabe der streitigen Gegenstände gelobt. Dann aber war er, ehe das geschehen, gestorben. Um nnn die Sache zu erledigen, waren der Bischof und der neue Abt übereingekommen, die Verhandlung von neuem vor Gericht aufzunehmen:

pro hoc condixerunt publicum placitum fieri,

sie verabredeten einen gerichtlichen Termin; also ein Streitgedinge in dentlicher Gestalt.

Auch in folgendem Fall scheint der Wortlaut für ein freiwilliges auf Grund eines Streitgedinges erfolgendes Erscheinen der Beklagten zu sprechen[2]). Es heisst, ein Abgesandter des Bischofs von Regensburg sei im Gericht zu Chambe am Regen erschienen, um gegen sieben Bewohner dieses Orts um die der bischöflichen Kirche von Herzog Tassilo in der dortigen Gemarkung geschenkten Besitzungen zu klagen. *Venerunt etiam et illi,* die Beklagten.

Konnte in den bisher genannten Beispielen mit ziemlicher Sicherheit in bestimmten Wendnngen der deutliche Hinweis auf ein Streitgedinge erblickt werden — nnd auch in italienischen Urkunden findet sich nicht selten eine aussergerichtliche Vorverhandlung erwähnt, in der die Parteien sich verpflichteten, den Streit vor Gericht zum Austrag zu bringen[3]) —, so giebt es ausserdem eine grosse Zahl von Urkunden, in denen eine direkte Erwähnnng vorangegangener Verabredung fehlt, deren Stilisierung sie jedoch als sehr wahrscheinlich erscheinen lässt. Hierher gehört, wie mir scheint, die grosse Mehrzahl der italienischen Gerichtsurkunden. Ihre regelmässige Formulierung ist die,

[1]) Nr. 170 Meich. I 2 p. 92 n. 121. Mon. Boica VI p. 151 n. 1.
[2]) Nr. 223 Ried C. d. ep. Ratisb. I p. 17 n. 20.
[3]) Vgl. Ficker Forschungen I S. 23.

dass gesagt wird, Parteien seien vor Gericht erschienen, da sie einen Streit hatten: *venerunt in iudicium altercationem habentes*[1]). Da, wie wir gesehen haben, gerade in italienischen Urkunden nicht selten die Ladung durch Bannitio erwähnt wird, scheint eine solche neutrale Phrase, die sich am besten auf gegenseitiges Einverständniss beziehen lässt, für ein Streitgedinge zu zeugen. Noch stärker tritt dies Einverständniss in der Wendung hervor, die die meisten cavenser Urkunden verwenden: *coniuncti sumus ad finem faciendum inter nos de intentione*[2]), die sich aber gelegentlich auch in Norditalien findet[3]).

Selbstverständlich ist es, dass in den Scheinprozessen, von denen noch später die Rede sein wird, keine zwangsweise erfolgende Ladung stattgefunden, dass hier vielmehr volles Einverständniss zwischen den Parteien geherrscht hat; und wir finden in Urkunden über solche Prozesse ganz die gleichen Wendungen wie in denen über wirkliche Streitigkeiten gebraucht; schon aus diesem Umstand kann man schliessen, dass häufig auch da ein Streitgedinge vorangegangen sein mag, wo der Text des Placitums keine direkte oder indirekte Spur mehr aufweist[4]).

Neben der Ladung und dem Streitgedinge ist nun noch eine dritte eigenthümliche Form der Prozesseinleitung zu erwähnen. Einige zwar nur spärliche aber deutliche Zeugnisse sind dafür vorhanden, dass es, wie im Mobiliar-, so auch im Immobiliarprozess eine Einleitung des Rechtsstreits durch Anefang gegeben hat. Im Rechtsstreit um bewegliche Sachen griff, um Bekanntes kurz zu berühren[5]), das Anefangsverfahren dann

---

[1]) So z. B. Troya II p. 533 n. 340 (674); Mem. di Lucca V² p. 5 n. 5 (716); Troya IV p. 85 n. 548 (742); IV p. 221 n. 592 (746); IV p. 371 n. 641 (750) und unzählige andere.

[2]) Z. B. Cod. Cav. II p. 51 n. 253 (967); p. 79 n. 274 (973); p. 117 n. 302 (978).

[3]) Cod. Lang. c. 424 n. 249 (870). Auch wenn z. B. in einem Placitum Karls des Grossen (Nr. 134 Beyer mittelrhein. UB I p. 41 n. 37. Mühlb. 326) von den Parteien, dem Abt von Prüm und einem Grafen Nuno, als *ad nostram altercando accedentes presentiam* gesprochen wird, könnte man aus dieser Fassung den gleichen Schluss ziehen.

[4]) Man vgl. z. B. Nr. 64 n. 73.

[5]) Siehe jetzt die zusammenfassenden Erörterungen in Brunners RG II § 118.

Platz, wenn der Bestohlene die ihm abhanden gekommene Sache im Besitze eines Dritten fand, und wenn die Vorbedingungen für die Vornahme der Spurfolge nicht vorlagen. Der Anefang war ein „rechtsförmliches Anfassen" der gestohlenen Sache. Diese rechtsförmliche Handlung wird in fränkischen Quellen mit den Ausdrücken *in tertiam manum mittere*, häufiger *intertiare*, bezeichnet. Die Erklärung für die Verwendung dieses Ausdrucks ist nach Brunner darin zu sehen, dass durch das Anfassen des Gegenstandes zwar der Vorwurf des Diebstahls, freilich nicht im subjektiven Sinne als gegen den Besitzer gerichtet, vielmehr objektiv erhoben wird: der Kläger behauptet, die Sache sei gestohlen worden. Hat der Besitzer sie nicht gestohlen, so muss ein Dritter den Diebstahl verübt haben. „Der Anefang schliesst daher stets die an den Besitzer gerichtete Frage in sich: Von wem hast Du die Sache" [1]). Dadurch wird der Besitzer veranlasst, sich auf den Dritten, von dem er die Sache erhalten hat, zu berufen, sich an die dritte Hand zu ziehen.

Dieser selbe Ausdruck nun, *intertiare*, wird in einer alten fränkischen Quelle auch mit Bezug auf den Immobiliarprozess verwendet; nämlich in der Decretio Childeberti II. vom 29. Februar 596 c. 3. In der fraglichen Stelle dieses Gesetzes wird über die Verjährungsfristen Bestimmung getroffen: *inter praesentes* solle die Klage in 10, gegen Waisen in 20 Jahren verjähren. Das Gesetz drückt sich negativ aus: innerhalb der genannten Zeitabschnitte solle Niemand klagen dürfen: *nullam habeat licentiam interciandi* [2]). Also hier und ebenso noch zweimal im nächsten Satz wird für Klagen schlechtweg *interciare* gesagt, und zwar ausdrücklich auch für Klagen um Grundstücke *(de campo)*. Es ist das ein wichtiges Zeugniss dafür, dass ursprünglich nach fränkischem Recht auch im Immobiliarprozess das Dritthandverfahren das einzige, die Vertheidigung

[1]) Brunner a. a. O. S. 499.

[2]) Boretius Capitularia I p. 15: *Similiter Treiecto convenit, ut servo, campo aut qualibet res ad unum ducem et unum iudicem pertinentes per decem annos quicumque inconcusso iure possedit, nullam habeat licentiam interciandi, nisi tantum causa orfanorum usque vicesimo anno licentiam tribuimus. Quod si quis praesumpserit interciare, solidos 15 solvat, et res quae male interciavit amittat.* — Vgl. Schröder RG S. 352, 353 Anm. 39. Brunner RG II S. 514.

durch Ziehung auf den Gewährsmann die einzig mögliche war; wir werden diese Thatsache in unserem zweiten Kapitel weiter verwerthen.

Die Bedeutung der eben besprochenen Kapitularienstelle kann durch den Mangel weiterer urkundlicher Zeugnisse der fränkischen Zeit nicht geschmälert werden; dieser Mangel wird überdies durch die von Brunner entdeckte Thatsache ausgeglichen, dass noch niederrheinische Urkunden aus dem 14. Jahrhundert eine *interciatio* von Grundstücken kennen [1]); auch hier ermöglichen und erleichtern uns Zeugnisse einer späteren Zeit den Rückschluss auf ursprüngliche Einrichtungen.

Und auch der Ausdruck Anefang selbst wird in jüngeren, mittelalterlichen, Rechtsquellen bei Rechtsstreitigkeiten um Grundstücke verwendet. Behrend [2]) hat im Anschluss an eine gleichfalls zuerst von Brunner [3]) hervorgehobene Stelle einer südholländischen Rechtsquelle gezeigt, dass in einer Reihe von theils niederländisch-fränkischen theils sächsischen Rechtsdenkmälern aus der Zeit der Rechtsbücher ein Anefang von Grundstücken erwähnt wird, der insbesondere vom Erben vorgenommen wurde, wenn ihm ein Erbprätendent das ihm durch Erbgang erworbene Gut nicht herausgeben will. Durch solenne Ergreifung des Thürpfostens nimmt der Erbe das streitige Grundstück in Anspruch [4]).

Diesen Zeugnissen des späteren Rechts gegenüber müssen wir den Mangel von solchen aus früherer Zeit dem Zufall und wiederum dem Umstand zuschreiben, dass es sich um vorgerichtliche und darum urkundlich nicht fixierte Vorgänge handelt. Denn die Annahme, man habe erst später nach Analogie des Mobiliarprozesses den Anefang von Grundstücken eingeführt, verbietet sich von selbst. Um so mehr, als wenigstens noch für ein Rechtsgebiet ein Zeugniss aus älterer Zeit vorliegt, nämlich für das langobardische. Ein Gesetz König Liutprands

---

[1]) Brunner RG II S. 513.

[2]) Anevang und Erbengewere. Festschrift im Namen und Auftrag der Breslauer Juristenfakultät (für G. Beseler) verfasst von J. Fr. Behrend. Berlin 1885.

[3]) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germ. Abth. IV 1884 S. 236.

[4]) Vgl. auch die Darstellung von Heusler, Institutionen II S. 562 ff.

vom Jahre 735 [1]) setzt eine Strafe gegen den fest, der ohne öffentlichen Auftrag eigenmächtig auf einem fremden Grundstück unter der Behauptung, es gehöre ihm, eine *wiffa*, d. h. einen Strohwisch, anfgesteckt hat und nachher das von ihm behauptete Eigenthum nicht beweisen kann.

Hier also bei den Langobarden geschah der Anefang eines Grundstücks durch das rechtsförmliche Aufstecken der *wiffa*, das somit dem niederländischen und sächsischen Ergreifen des Thürpfostens entsprach [2]).

Wie erwähnt, hatte die Klageerhebung durch Anefang etwas unpersönliches; sollte man sie vielleicht eben aus diesem Grunde für die älteste Form halten, die zu einer Zeit aufgekommen wäre, als es noch kein persönliches Eigenthum am Grund und Boden gab?

---

2. Die Klageerhebung.

Durch Mannitio oder Bannitio gezwungen, auf Grund einer Anefangsklage oder eines Streitgedinges ist nun also der Beklagte vor Gericht erschienen. Jetzt erhebt der Kläger seine Klage. Mit der Klageerhebung beginnt das gerichtliche Verfahren.

Auch die Urkunden über Immobiliarprozesse beginnen, wie gesagt, meist mit der Erwähnung der Klageerhebung, ohne auf die Art der Ladnng Rücksicht zu nehmen, die eben, wie sich hieraus entnehmen lässt, auf die Art der Klageerhebnng ohne Einfluss war [3]). Es heisst kurzweg, der Kläger sei erschienen und habe geklagt. Dafür werden verschiedene Ausdrücke verwendet: *interpellare* [4]), *petere*, *repetere* allein oder auch in Ver-

---

[1]) Liutpr. 148: *Si quis ex sua auctoritate terra aliena sini publico iussu wifaverit, dicendo quod sua debeat esse, et postea non potuerit provare quod sua sit, conponat solidos sex, quomodo qui palo in terra aliena figit.*

[2]) Vgl. Brunner RG II S. 459, 514.

[3]) Brunner a. a. O. S. 514.

[4]) Z. B. Nr. 57 DDM p. 73 n. 83: *interpellavit dum diceret*; Nr. 81 Tardif p. 638 n. 57b: *venientes visi sunt interpellare*; Nr. 174 Meich. I 2 p. 93 n. 122: *ibique surrexerunt et interpellaverunt.*

bindung mit *interpellare*[1], *se proclamare*[2], *reclamare*[3], *querere*[4], ja auch *accusare* wird gebraucht[5]; manchmal wird nur gesagt, der Kläger habe dem Gericht das und das vorgetragen[6].

Nicht selten findet sich hier in den Gerichtsurkunden aller Stämme und bis in ziemlich späte Zeit hinein der Ausdruck *mallare, admallare* (von *mâli, mahalizze* Klage ahd. *mahalôn*, afränk. * *atmallôn*[7]). Aus dem Gebiet der fränkischen Rechte können folgende Beispiele genannt werden: Nr. 19[8]) *homo . . . mallavit pro res suas*; Nr. 100[9]): der Beklagte schwört, er sei verklagt worden, *me ille homo in mallo publico mallabat*; Nr. 372[10]): *veniens E. visus est interpellare sive admallare A. eo quod . . .*; es ist eine Klage gegen einen Hörigen. Eigenthümlich und wichtig ist eine Urkunde aus der spanischen Mark von 850[11]). Der Bischof von Gerona war von einem gewissen Leo im Königsgericht um einen Neubruch verklagt worden (hier wird der Ausdruck *reclamare* gebraucht). Der König weist die Klage an das Volksgericht. Der Kläger macht dem beklagten Bischof von dem schriftlichen Befehl des Königs Mittheilung, worauf der Bischof einen Vertreter *(assertor)* sendet, der im Gericht dem Kläger antworten solle; *tunc ego Leo*, sagt der Kläger, *mallavi isto mandatario.*

---

1) Z. B. Nr. 75 DDM p. 107 n. 22: Kläger *veniens interpellabat . . repetebat*; Nr. 77 Mabillon Dipl. I p. 511 n. 40: *veniens interpellabat repetens*; Nr. 318 Marca Hisp. c. 799 n. 16: *veniens petivit et dixit.*

2) Nr. 175 Wartmann I p. 177 n. 187: *veniens proclamavit eo quod . . .*; Nr. 263 Guérard Polyptyque de l'abbé Irminon II p. 344 app. n. 9: *venientes se proclamabant eo quod . . . .*

3) Nr. 432 Gallia christ. XIV instr. c. 53 n. 37.

4) Nr. 138 Mon. Boica XXVIII 1 p. 23 n. 25: *quaesierunt benefitiolum dixeruntque*; Nr. 169 Graf Hundt Abh. XII p. 219 n. 13: *quesivit dicendo*; Nr. 247 Meich. I 2 p. 249 n. 473: *ibi surrexit et querebat.*

5) Nr. 312 Cartulaire de Redon p. 148 n. 192: *venientes interpellantes atque accusantes*, und ähnlich in zwei weiteren Urkunden derselben Sammlung: Nr. 315 p. 49 n. 61, Nr. 387 p. 198 n. 247.

6) Z. B. häufig die Formel *veniens suggessit dum diceret* (so oder ähnlich in Nr. 52, 53, 55, 56, 60, 114), *veniens adserebat* (61), *veniens innotuit* (84).

7) Brunner RG I S. 179; v. Amira Recht S. 190.

8) Form. Andec. n. 43 MGF p. 19.

9) Cart. Sen. n. 21 MGF p. 194.

10) Tardif p. 130 n. 202.

11) Nr. 329 Marca Hisp. c. 783 n. 21.

Und ähnlich verhält es sich in einer Urkunde aus dem Jahre 918[1]): im Gericht des Markgrafen Richard erscheint Abbo, der Vertreter des Bischofs von Autun,

> *reclamans quasdam res s. Nazarii contra Cadilonem. Unde ad judicium scabinorum idem Abbo mallavit supradictum Cadilonem.*

Das Wichtige in diesen beiden Urkunden ist, dass hier der Ausdruck *mallatio* nicht für die Ladung, sondern ausschliesslich für die Klageerhebung verwendet wird und zwar in dem ersten Beispiele, nachdem der Beklagte durch königlichen Befehl, also durch Bannitio, vorgeladen ist. Daraus folgt, worauf noch nachher näher hingewiesen werden soll, dass von einer Mallatio ganz ohne Rücksicht auf die vorangegangene Form der Ladung gesprochen werden kann, dass die Erwähnung der Mallatio keineswegs eine vorangegangene Ladung unmöglich erscheinen lässt.

Die weiteren fränkischen Beispiele sind folgende, Nr. 373[2]): der Kläger erscheint, um *causas perquirere vel mallare*; Nr. 412[3]): *veniens A.* (vor das Königsbotengericht zu Tours) *interpellabat et admallabat Wifredum ei dicens*; Nr. 441[4]): der Kläger, heisst es, *interpellavit* den Beklagten und *mallando dixit ei*; endlich noch eine Urkunde aus der spanischen Mark, Nr. 457[5]): der Kläger berichtet, dass er gegen den Beklagten Klage erhoben habe, *unde ego Laurentius mallavi Gontefredum.*

Den fränkischen Beispielen können einige aus dem burgundischen Gebiet angefügt werden; bereits die oben erwähnte Urkunde von 918 (Nr. 488) gehört geographisch hierher. Nr. 215[6]): *veniens F. mallabat hominem M., requirebat ei . . .*; Nr. 220[7]): *veniens F. mallabat hominem A., requirebat ei . . .*;[8]) ferner

---

[1]) Nr. 488 Gallia christ. IV instr. c. 67 n. 28.

[2]) Vaissete II c. 346 n. 169, Th p. 143 n. 101 (868).

[3]) Bibliothèque de l'école des chartes XXX p. 427 (878).

[4]) Ménard p. 16 n. 3, Germer-Durand p. 17 n. 8, Th p. 167 n. 114 (893).

[5]) Marca Hisp. c. 835 n. 60 (901).

[6]) Pérard p. 35 n. 18 (816).

[7]) Pérard p. 34 n. 15 (819).

[8]) Ganz ebenso ferner Nr. 234 Pérard p. 35 n. 17 (821), Nr. 369 Pérard p. 147 Th. p. 140 n. 100 (867), Nr. 371 Pérard p. 34 n. 14 (868, Klage gegen einen Hörigen), Nr. 379 Pérard p. 149 Th p. 142 n. 100ter (870).

Nr. 424[1]): *veniens G. proclamavit se de A. et mallavit illum*; Nr. 452[2]): *venit* der Kläger *mallarit W. dum diceret* . . . .

Auch aus dem Gebiet des alamannischen Rechts lässt sich der gleiche Sprachgebrauch belegen: in einer St. Galler Urkunde aus den Jahren 800 bis 820[3]) heisst es, zwei Leute *amallaverunt Edalecu et fratre seu (suo) Vigelio de terra devere.* Und in einer Züricher Urkunde von 893[4]) wird von den Parteien gesagt *questum habuerunt invicem se mallantes.* Ja, ein Beispiel wenigstens findet sich auch für Baiern: im Jahre 822 kommt ein gewisser Bernhard in das *placitum publicum et ibi mallavit* den Bischof von Regensburg und seinen Vogt[5]).

Eigenthümlich ist der Sprachgebrauch in den italienischen Urkunden[6]). Auch hier findet sich der Ausdruck *mallare,* aber nur in einer ganz bestimmten Anwendung. Wenn nämlich die Sache vertagt worden ist, und nun die Parteien in dem neuen Termin erscheinen, so pflegt der Kläger oder der Beklagte, je nach der Lage des Falls, den Vortrag des Thatbestandes mit den Worten zu beginnen, schon einmal sei Klage erhoben worden. Und bei dieser Gelegenheit wird fast immer das Wort *mallare* gebraucht, das sich, so viel ich sehe, so gut wie niemals in den Urkunden auf die ersten Termine bezieht.

Als Beispiele habe ich folgende Fälle anzuführen. Der Kläger erklärt in einer mailänder Urkunde von 844 im Beweistermin, bereits im vorigen Termin *malavi istum Teutpertum*[7]). Ebenso heisst es in einer luccheser Urkunde von 865: *iam vestri presencia malavi istum Mintonem*[8]); in einer mailänder von 918[9]): *dudum in iudicium malavi istum Adelardum*; in einer bergamasker von 919[10]): *iam dudum malavimus.*

---

[1]) Chart. de Cluny I p. 34 n. 29, Th p. 161 n. 109 (887).

[2]) Cart. de Mâcon p. 169 n. 284 (888—898).

[3]) Nr. 227 Wartmann I p. 329 n. 354.

[4]) Nr. 440 Zürich. UB I p. 70 n. 159.

[5]) Nr. 241 Ried C. d. ep. Ratisb. I p. 24 n. 23.

[6]) In den italienischen Gesetzen kommt das Wort zweimal vor (Loth. 78 und 80).

[7]) Cod. Lang. c. 265 n. 154. Fumagalli p. 243. Muratori Ant. I c. 467.

[8]) Mem. d. Lucca IV 2 app. p. 64 n. 51.

[9]) Cod. Lang c. 822 n. 475. Muratori Ant. I c. 455.

[10]) Cod. Lang. c. 837 n. 486. Lupus Cod. dipl. Bergom. II p. 113.

In passiver Formulierung im Munde des Beklagten erscheint der Ansdruck in einer mailänder Urkunde von 865[1]): der Beklagte spricht in seiner Entgegnung von den Gegenständen *unde me mallastis*; in einem Königsplacitum von 880[2]) heisst es im Klagevortrag des Beklagten: *dudum mallaverunt nos* die Kläger; ebenso in einer mailänder Verhandlung von 901[3]), in einer modenesischen von 945[4]), und ähnlich in einer luccheser von 915[5]). Besonders erwähnenswerth ist eine paveser Urkunde von 927[6]): es heisst, die Parteien, der Vogt des Petersklosters zu Clivate und ein gewisser Giselbertus, seien vor Gericht erschienen; daranf wird der Klagevortrag des Vogtes mitgetheilt, und dann heisst es:

> *Cum ipse* — der Kläger — *taliter sepe clamasset, eundem Giselbertum ita mallavit. Predictus G. nihil inde responsum dare voluit*;

auch der Bannbefehl des Pfalzgrafen kann ihn zn keiner Antwort bewegen. Dies ist der einzige mir bekannte Fall, in dem bereits im ersten Termin von einem *mallare* die Rede ist, und zwar scheint hier das Wort im Gegensatz zu dem blossen *clamare* eine besonders feierliche Form der Klageworte zu bezeichnen, und es liesse sich denken, dass jedesmal dann, wenn eine Vertagung nöthig war, die feierlichere Form angewendet wurde, die bei sofortigem Erwidern oder bei Erledigung der Angelegenheit in einem Termin nicht nöthig war. Ähnlich fanden wir ja oben in einer fränkischen[7]) und burgundischen Urkunde[8]) zwischen *reclamare* und *mallare* nnterschieden, nnd ebenso wird *reclamare* in den langobardischen Gesetzen im Sinne von mündlichem Klagevortrag gebrancht.

Als Ergebniss der angestellten Quellenbetrachtung muss also bezeichnet werden, dass, wenn die Parteien sich vor Ge-

---

[1]) Cod. Lang. c. 391 n. 234. Fumagalli p. 375. Giulini I p. 451.

[2]) Chart. tom. I c. 62 n. 37. Muratori Ant. I c. 359.

[3]) Cod. Lang. c. 663 n. 396. Muratori Ant. I c. 718.

[4]) Tiraboschi Modena I^{b} p. 112 n. 92. Muratori Ant. I c. 463.

[5]) Mem. di Lucca V 3 p. 87 n. 1166. Cod. Lang. c. 807 n. 466. Muratori Ant. I c. 487. Lupus II c. 97.

[6]) Cod. Lang. c. 981 n. 524. Morbio III p. 154.

[7]) Nr. 329. Marca Hisp. c. 783 n. 21.

[8]) Nr. 488 Gallia christ. IV instr. c. 67 n. 28.

richt getroffen haben, sei es, dass der Beklagte hierzu gezwungen worden ist, sei es, dass er sich selbst dazu verpflichtet hat, die Klage erhoben und damit das gerichtliche Stadium des Rechtsstreits eröffnet wurde. Mit diesem Ergebniss, das mit der herrschenden Lehre übereinstimmt, steht eine neuerdings vorgebrachte Theorie über die Prozesseinleitungsformen im älteren deutschen Rechtsgang in Widerspruch[1]). Sie geht davon aus, dass Mannitio, Bannitio und Mallatio drei den gleichen Zweck, nämlich die Eröffnung des Verfahrens, verfolgende Rechtsinstitute gewesen seien; Mallatio, so lehrt sie weiter, sei die Einleitung der Klage durch deren Vortrag im Gerichtsding gewesen. Wo also Mallatio stattfand, da sei Mannitio und Bannitio ausgeschlossen gewesen; Vorbedingung für ihre Anwendung sei die bereits aus anderem Grunde erforderliche Anwesenheit des Beklagten im Gericht gewesen.

Mit Rücksicht auf diesen letzten Umstand hat der Erfinder der neuen Theorie sie in einen engen Zusammenhang mit der Gerichtsverfassung bei den einzelnen Stämmen, insbesondere mit der Gerichtspflicht der Dinggenossen gesetzt; er hat zu beweisen versucht, dass da, wo allgemeine Gerichtspflicht bestand, vorwiegend die Mallatio zur Anwendung kam; dass also, so folgert er hieraus, die allgemeine Gerichtspflicht eben zu dem Zweck bestand, um die Anwesenheit aller Gerichtseingesessenen zu gewährleisten, damit nach Bedürfniss gegen einen von ihnen mit Mallatio eine Klage erhoben werden konnte. Und andererseits, da wo die Mannitio oder Bannitio üblich war, habe das seinen Grund darin gehabt, dass eben keine allgemeine Gerichtspflicht bestand, der Beklagte also in jedem einzelnen Fall zum Erscheinen vor Gericht veranlasst werden musste.

Auf diese zum mindesten sehr künstlichen Konstruktionen einzutreten, ist hier nicht der Ort; aber es erscheint angemessen, gegenüber Opets Interpretation der Gesetzes- und Urkundenstellen wenigstens auf einige der durch eine vergleichende Betrachtung des Quellenmaterials an die Hand ge-

---

[1]) Opet Geschichte der Prozesseinleitungsformen im älteren deutschen Rechtsgang. I. Abtheilung. Die Zeit der Volksrechte. Breslau 1891.

gebenen Thatsachen hinzuweisen [1]). Denn wäre Opets Annahme richtig, so müsste auch in Bezug auf die geschichtliche Entwickelung der Einleitungsformen im Immobiliarprozess mit der herrschenden, auch von uns oben vertretenen Auffassung gebrochen werden; man könnte nicht mehr von der Priorität der Mannitio gegenüber der Bannitio ausgehen, sondern müsste annehmen, dass man die Parteiladung, einen spezifisch fränkischen Branch, erst nachträglich — und zwar vergeblich — als allgemeine Ladungsform für den Immobiliarprozess reichsgesetzlich einzuführen versucht habe.

Wenn nun Opet meint, neben der Einleitung des Prozesses durch Ladung habe bei einigen Stämmen (bei den Langobarden neben der Bannitio, bei den Burgundern und Franken neben der Mannitio und Bannitio) eine Einleitung ohne Ladung, eine Einleitung durch Klageerhebung im Ding bestanden, die sogar bei denen, die allgemeine Gerichtspflicht hatten, die ausschliessliche gewesen sei (Baiern und Alamannen) [2]), so ist einmal principiell zu bemerken, dass uns die Formulierung der Urkunden überhaupt keine negativen Schlüsse gestattet. Die Mannition wird in keiner einzigen Urkunde oder Formel ausdrücklich genannt [3]); aber da, wie bereits öfter hervorgehoben ist, die Urkunden grundsätzlich die aussergerichtliche Einleitung des Rechtsstreits unberücksichtigt lassen, so ist aus dem Fehlen durchaus kein Beweis dafür zu entnehmen, dass thatsächlich in all diesen Fällen keine Mannitio vorangegangen sei. Daher kann man also auch nicht mit Opet den reichsgesetzlichen Bestimmungen der genannten Kapitularien gegenüber sich auf die italienischen Placita berufen, um zu behaupten, dass die Bestrebungen der Karolinger, die Mannitio in Immobiliarprozessen aufrechtzuerhalten oder, wie Opet sagt, einzuführen, „ein vollständiges Fiasko“ erlitten haben.

Die Urkunden berichten uns lediglich das, was sich vor Gericht

[1]) Es kann sich, wie ausdrücklich bemerkt wird, nicht um eine Widerlegung aller anfechtbaren Punkte, sondern nur um die Hervorhebung einiger Gesichtspunkte handeln; eine eingehende Kritik würde den Umfang einer eigenen Abhandlung beanspruchen.

[2]) Von den Angelsachsen sehen wir hier gänzlich ab.

[3]) In der einen oben (S. 18) erwähnten Formel steht, wie bemerkt, *mannire* im Sinne von *bannire*.

abgespielt hat, und nur ausnahmsweise erwähnen sie nebenher die vorangegangene Ladung oder lassen durch die Stilisierung ihrer Ausdrucksweise auf die Form dieser Ladung schliessen. Wenn sie meist, da das eben für ihren Zweck ausreichte, mit der Erwähnung der Klageerhebung beginnen, so ist damit nicht gesagt, dass mit ihr auch der Rechtsstreit begonnen habe.

Vielmehr zeigen uns die in Betracht kommenden Stellen der Volksrechte, dass überall nur auf Grund einer Ladung, einer förmlichen Prozesseinleitung, ein Rechtsstreit zu gerichtlicher Verhandlung gelangte, mag diese Einleitung nun Mannitio, Bannitio oder Streitgedinge gewesen sein.

Wie Brunner jetzt hervorhebt[1]), ist es allerdings nach manchen mittelalterlichen Rechten dem Kläger gestattet, unmittelbar im Ding ohne vorausgegangene Ladung Klage zu erheben (*mallare* also im Sinne Opets); aber, um seine Worte zu gebrauchen: „von den Volksrechten des fränkischen Reichs bezeugt uns nur die Lex Alamannorum[2]) die unmittelbare Erhebung der Klage gegen den im Ding anwesenden Kläger".

Und selbst diese Bestimmung des alamannischen Rechts scheint nicht ohne Einschränkung gegolten zu haben. Denn wenn wir im Schwabenspiegel[3]) lesen, man könne seinen Gegner, sieht man ihn vor Gericht in der Schranne stehen, ohne Fürgebot, d. h. ohne Ladung, beklagen, ausser um Eigen (und Lehn), so möchte man annehmen, dass diese Beschränkung auch bereits in der volksrechtlichen Zeit gegolten hat. Dann fiele also wenigstens für den Immobiliarprozess auch diese einzige Ausnahme fort.

Dass man die Bestimmungen der Lex Baiuwariorum[4]) nicht

---

[1]) RG II S. 341.

[2]) L. Alam. 36, 2: *Et si quis alium mallare vult de qualecumque causa, in ipso mallo publico debet mallare ante iudice suo, ut ille iudex eum distringat secundum legem.*

[3]) Wackernagel 220 (p. 214): *Sihet ęin man den andern vor gerihte in der schrannen stên, er beklaget in wol âne vürgebot; âne umbe eigen unde umbe lêhen. Umbe eigen sol er im wol tac geben in daz dinc, unde umbe lêhen vür den herren sin.* Lassberg 269, Gengler 221 § 2.

[4]) Lex Baiuw. 13, 2: *Si quis liber alicui libero, qui eum mallat de qualicunque re, dedignabitur iustitiam facere, ille qui quaerit causam suam, habeat ibi testes duos vel tres, qui audiant et videant qualiter ille respondeat,*

auf eine Mallatio im Opetschen Sinne beziehen kann, zeigt jetzt gleichfalls Brunners Darstellung.

Allerdings wird hier der Ausdruck *mallare* gebraucht. Dieses *mallare* aber bedeutet, wie einer unbefangenen Betrachtung unmöglich entgehen kann, aussergerichtliche Ladung des Gegners in Gegenwart von Zeugen, es ist also sachlich identisch mit der Mannitio. Der Unterschied besteht nur in den Folgen der Handlung. Während nach Vornahme der fränkischen Mannitio der im Termin ausbleibende Gegner sofort als sachfällig behandelt wurde, erfolgte hier dann noch eine richterliche Ladung, also ein wiederholter Versuch, des Beklagten habhaft zu werden. Möglich, dass mit dieser Erweiterung das Schwanken des Ausdrucks zusammenhängt; aber dieses kann nicht über die Sache selbst täuschen. Die Bestimmung des bairischen Rechts steht auf demselben Standpunkt wie das burgundische Recht[1]), das gleichfalls zunächst Parteiladung (und zwar wiederholte), Mannitio (es braucht dafür den Ausdruck *admonire*), und, wenn diese ihren Zweck verfehlt, richterliche Ladung, Bannitio, anwendet. Wenn Opet für das burgundische Recht auf Grund der in Rede stehenden Bestimmung das Vorhandensein der Mannitio zugiebt, sie aber für das bairische Recht leugnet, so ist das nur auf Grund willkürlicher Interpretation des letzteren möglich[2]). Unbestritten also ist, dass das burgundische Volksrecht die förmliche Parteiladung kannte; wie häufig aber gerade die burgundischen Urkunden die Mallatio erwähnen, ist oben an den betreffenden Beispielen gezeigt. Der einzig zulässige Schluss hieraus ist der, dass eben Mannitio und Mallatio sich nicht ausschlossen, dass die Mallatio nicht Ladung,

---

ut possint ante iudicem testes esse. Tunc iudex iubeat eum in praesenti venire et iudicet ei, et componat duodecim solidos, quia non dignabatur iustitiam facere ei qui debuit.

[1]) Lex Burg. 17, 4: *Illud quoque specialiter volumus custodiri, ut quicunque Burgundio de quacunque causa ab eo, qui illi litem intendit, bis admonitus fuerit, ut dato fideiussore ad iudicium veniat, et si nec fideiussorem dare nec ad iudicium venire voluerit: atque hoc factum duobus aut tribus ingenuis testibus potuerit adprobari, inferat mulctae nomine sol. VI. et ad iudicium nihilominus venire compellatur.*

[2]) Brunner a. a. O. S. 340 bereits weist die Opetsche Erklärung des Ausdrucks *iustitiam facere* zurück; vgl. auch daselbst S. 282.

sondern Klageerhebung war [1]. Sie schlossen sich ebenso wenig aus, wie Bannitio und Mallatio; wir haben oben eine Urkunde aus der spanischen Mark besprochen [2], in der der Kläger, nachdem er die Ladung des Beklagten durch *litterae regales*, also doch offenbar durch Bannition bewirkt hat, nun im Termin die Mallatio erhebt: deutlicher kann nicht bewiesen werden, dass nicht die Mallatio, die Klageerhebung, sondern die Bannitio die Prozesseinleitung ist.

Und so können wir, denke ich, diese Erörterung mit dem Ergebniss verlassen, dass wie der Prozess der fränkischen Zeit überhaupt, so auch der Immobiliarprozess eine Ladung des Gegners durch den Kläger oder durch den Richter erforderte, und dass erst dann, wenn sich der Beklagte, sei es gezwungen, sei es durch eigene Verpflichtung im Termin gestellt hatte, die Klage erhoben wurde; auch im alamannischen Recht ist es möglicherweise nicht anders gewesen.

II. Die Klagebehauptung.

1. Die Grundform der Klage.

Alle Klagen des deutschen Rechts waren, wie bereits bemerkt, ursprünglich Deliktsklagen, der deutsche Prozess war ursprünglich Strafprozess.

Auch im Immobiliarprozess handelte es sich darum, ein Unrecht des Beklagten zu verfolgen. Vom Unrecht des Beklagten, nicht vom Recht des Klägers, ging man aus.

Das Unrecht des Beklagten, das einen Immobiliarprozess hervorrief, war, um Brunners Ausdruck zu gebrauchen, „rechtswidrige Landnahme“, „Landraub“, wie man im Norden, bei den Friesen und Angelsachsen zu sagen pflegte [3].

---

[1] Opet giebt sich in seinem § 8 grosse Mühe, die Bedeutung des häufigen Vorkommens der Mallatio in burgundischen Urkunden möglichst abzuschwächen, indem er zu beweisen sucht, dass nicht in allen Fällen, wo die Quellen *mallare* oder ähnliche Worte verwenden, es sich um die Prozesseinleitung im technischen Sinn handle. Seine Theorie, der er alles unterordnen muss, hat ihn selbst hier verhindert, den falschen Begriff seiner Mallatio aufzugeben.

[2] S. 26. Nr. 329. Marca Hisp. c. 783 n. 21.

[3] Brunner RG II S. 512.



Die Klagebehauptung ging dahin, dass der Beklagte sich widerrechtlich eines Stückes Landes bemächtigt habe; eine gewaltsame Handlungsweise wurde ihm vorgeworfen; das Widerrechtliche dieser Handlungsweise wurde am häufigsten durch die Worte *malo ordine* ausgedrückt, aber auch durch Ausdrücke wie *iniuste, violenter* und ähnliche bezeichnet.

Besonders häufig handelt es sich um ein Eindringen, *invadere* des Beklagten in fremde Besitzungen, durch das er das klägerische Recht auf ruhigen Besitz verletzt; häufig werden dabei auch noch einzelne Widerrechtlichkeiten genannt, die sich der Störenfried bei dieser Gelegenheit hatte zu Schulden kommen lassen.

So heisst es z. B. in der Klage, die der Bischof von Nimes im Jahre 892 erhebt, der Beklagte *invasit* die streitige Villa [1]; in einem Prozesse zu Arles 967 wird um Güter geklagt, die die Beklagten *contra legem et malum ordinem invaserunt, tenuerunt ac possederunt* [2].

Auch in den Volksrechten ist häufig von der *invasio* die Rede [3]; in einer Stelle des salischen Rechtes wird der genannt, *qui villam alienam invaserit* [4].

Auch in Italien ist diese Art der Klagebehauptung nicht selten. Im Jahre 821 erhebt der Abt von Farfa wider den Herzog Guinichis den Vorwurf, dass er Besitzungen

> *iniuste ad regiam partem*, also indem er sie als fiskalisch in Anspruch nahm, *invasisset* [5];

ähnlich heisst es in einer Klage des Klosters Farfa, die es 829 gegen den römischen Stuhl anstrengt, dass dessen Vertreter mehrere Besitzungen des Klosters *per fortia invasissent* [6]; in einer mailänder Urkunde von 820 bis 840 wird den Beklagten

---

[1]) Nr. 434. Vaissete II c. 83 n. 12. Germer-Durand p. 10 n. 5.

[2]) Nr. 571. Cartulaire de St. Victor de Marseille p. 307 n. 290. Th p. 201 n. 137.

[3]) Brunner verweist a. a. O. Anm. 5 auf die Lex Rib. 59, 8; 60, 3; Lex Baiuw. 17, 1; App. 4.

[4]) Septem caus. IV, 4. Hessels p. 424. Behrend p. 130.

[5]) Regesto di Farfa II p. 207 n. 251.

[6]) Regesto di Farfa II p. 221 n. 270. Cod. Lang. c. 198 n. 110. Mabillon Ann. II c. 736.

vom Kläger vorgeworfen, dass sie in seiner dienstlichen Abwesenheit Güter

> *introierunt et me devestiverunt malo ordine et contra legem sine ullo iudicio*[1]);

ganz ähnliche Wendungen weist eine Urkunde über einen 919 im Gebiet von Bergamo geführten Streit auf[2]).

Gleichbedeutend mit *invadere* wird *introire* gebraucht, z. B. in einer Extravagante der Lex Salica (B. 10); häufig auch in italienischen Urkunden, und zwar wird hier meist damit ein weiterer Vorwurf erhoben, besonders der unrechtmässiger Fortnahme von Früchten. So heisst es z. B. in einem Placitum von 865, der Beklagte

> *contra lege et malo ordine introivit in res nostres et inibi arbores iniuste taliavit et terra nostri monasterii aravit et nos inde devestivit*[3]).

Dem Vorwurf des *invadere* ist der des *pervadere* und der *pervasio* zur Seite zu stellen. Er begegnet uns in der Lex Burgundionum[4]) und Lex Alamannorum[5]); in einer Formel von Angers[6]); in einer septimanischen Urkunde von 902 heisst es in der Klage: Beklagter *pervasit malum ordinem incontra lege* Grundstücke der Kirche von Nimes[7]).

Ferner sprechen die Quellen häufig von einem *per vim, iniuste, malo ordine ferre, abstrahere.*

So heisst es z. B., als im Jahre 697 vor Childebert III. der Abt von Tussonval wider Drogo Klage erhebt, die Agenten des Beklagten hätten die

> *curtis Nocitum malo urdene de potestate ipsius monasthirie tullissent vel abstraxissent*[8]).

Ferner: zu Angoulême klagt der Propst von St. Eparch wider Avego,

---

[1]) Cod. Lang. c. 242 n. 138. Fumagalli p. 222. Giulini I p. 442.

[2]) Cod. Lang. c. 837 n. 486. Lupus II p. 113.

[3]) Cod. Lang. c. 391 n. 234. Fumagalli p. 375. Giulini I p. 451. Es giebt viele ähnliche Fälle.

[4]) Lex Burg. 79, 3: . . . *terra a quocunque etiam pervasa* . .

[5]) Lex Alam. 98, 1: *Si quis res alienas aut ecclesiae malo ordine pervaserit.*

[6]) Form. Andec. 47 MGF p. 21: . . *vinia sua* . . *malo ordine pervasit.*

[7]) Nr. 458. Germer-Durand p. 19 n. 9.

[8]) Nr. 40. DDM p. 62n. 70. LSch p. 12 n 22.

quia mancipia s. Eparchi tulerat et retro se tenebat contra legem et Dei iustitiam[1]).

Die Mönche von Cluny erheben 903 Klage gegen einen gewissen Aldebertus,

quia cupiditatis face et seculari rabiae silvam s. Mariae, que vulgo dicitur Boerecia, prefato monasterio iniuste tollebat[2]).

In den Jahren 816—836 wird vom Kloster St. Gallen um Liegenschaften prozessiert, die Albaricus dem Kloster geschenkt hatte, die aber die Schwester des Schenkers und ihr Sohn

de vestitura s. Galli per vim abstulerunt[3]).

Häufig wird ein derartiger Ausdruck in bairischen Urkunden gebraucht. Der Bischof von Freising klagt z. B.

pro causa s. Mariae, quae abstracta iniusto ordine fuit[4]); oder um eine Kirche, welche Oadallant *iniuste abstulisset*[5]); oder ein Geistlicher klagt wider einen anderen

de tali hereditate, quale videbatur habere ad Kysalpahc, dicentem se iniuste ei de vestitura sua abstractum[6]).

Dass der Ausdruck *abstrahere* ein technischer gewesen ist, können wir aus seiner Verwendung in den Volksrechten entnehmen.

Sowohl das bairische als auch das alamannische Volksrecht gebrauchen ihn in den Bestimmungen, welche für Eingriffe in das Kirchengut Strafen festsetzen.

Si quis aliqua persona contra res ecclesiae iniuste agere voluerit vel de rebus ecclesiae abstrahere voluerit,

heisst es in der Lex Baiuwariorum 1, 2;

et si aliqua persona . . . . de ipsas res de illa ecclesia abstrahere voluerit,

in der Lex Alamannorum 1, 2.

Die Lex Ribuaria verwendet den Ausdruck *auferre*

---

[1]) Nr. 419. Neues Archiv VII p. 634 (880—881).
[2]) Nr. 460. Chart. de Cluny I p. 91 n. 81.
[3]) Nr. 288. Wartmann II p. 395 Anh. n. 18.
[4]) Nr. 170. Meich. I 2 p. 92 n. 121 (804. Juni 16).
[5]) Nr. 177. Eod. p. 95 n. 125 (807).
[6]) Nr. 328. Eod. p. 553 n. 658 (849).

60, 8: *quod si quis de ecclesia aliquid vim abstulerit;*
ebenso die Lex Burgundionum

9: *si quis Burgundio aut Romanus per vim aliquid abstulerit usque ad pullum;*

ähnlich heisst es in der Lex Saxonum c. 39:

qui alteri dolose per sacramentum res proprias tollere vult.

Es ist kein Zweifel, dass überall auch Immobilien als Gegenstände dieser Handlungen gedacht werden können. Zum Beweise, dass dieselben Ausdrücke in Italien verwendet wurden, sei auf eine farfenser Urkunde von 811 hingewiesen, in welcher der Klostervogt also spricht:

facite nobis iustitiam ad partem ipsius monasterii, quia iste Guichardus castaldius tulit casas et terras et vinuli . . . et devestivit inde monachos et tenet eas contra legem, pro qua re nescimus[1]).

Die Quellen verwenden zuweilen noch andere sinnentsprechende Ausdrücke.

Als ein solcher kommt einige Male *usurpare* vor. Man findet diese Wendung in einem Kapitular zur Lex Salica[2]), ferner in einigen bairischen Urkunden; der Vogt des Bischofs von Freising klagt z. B. 802 wider Reginbert

eo quod iniuste usurpasset sibi res s. ecclesiae[3]).

Hin und wieder wird das Verbum *proprendere* verwendet. Es findet sich in einem bairischen Kapitular, wo es ganz in dem allgemeinen Sinn von widerrechtlicher Besitzergreifung fremder Liegenschaften steht[4]). Ferner in Formeln; in einer salfränkischen z. B. wird dem Beklagten vorgeworfen:

---

[1]) R. di Farfa II p. 220 n. 269. Fatteschi p. 290 n. 47.

[2]) Cap. legi Sal. add. v. J. 819 c. 5 (Boretius I p. 293); es ist die Rede von einem *infans infra duodecim annos*, das *res alterius iniuste sibi usurpaverit.*

[3]) Nr. 166. Meich. I 2 p. 88 n. 116.

[4]) Capitulare Baiwaricum (Boretius I p. 158 n. 69) c. 6: *De rebus propresis ut ante missos nostros et comites seu iudices nostros veniant et ibi accipiant finitivam sententiam; et inantea nullus praesumat rebus alterius proprindere, nisi magis suam causam quaerat ante iudices nostros, ut diximus, et ibi recipiant quod iustum est.* Die Stelle der Lex Ribuaria, auf welche Boretius verweist, gebraucht das Wort in einem engeren, auf eine bewegliche Sache und eine besondere Art der Ergreifung beschränkten Sinn, c. 75 : *si quis caballum, hominem, vel qualibet rem in via propriserit.*

quot terra sua de suo maso vel de sua proprietate malo ordine proprisisset [1]);

in der der Sammlung von Sens angehörenden *notitia sacramentale* beschwört der Beklagte seinen 30jährigen Besitz; er sagt,

quod ego terra sua . . . de eorum potestate per fortiam numquam proprisi aut pervasi [2]).

Die Lex Ribuaria braucht einmal den Ausdruck *superprendere* [3]). Dann begegnet auch wohl gelegentlich in gleichem Sinn der Ausdruck *comprehendere*.

Ein Einwohner von Rieti erhebt im Jahre 791 gegen die Mönche von Farfa Klage,

quia isti monachi comprehenderunt substantiam meam hic in Spoleto et Interamnes seu in Fulginea contra legem [4]).

Endlich ist hier der Ausdruck *sacire* zu erwähnen. Brunner hat die verschiedenen Anwendungsfälle und die sprachliche Bedeutung des Wortes klargestellt [5]).

Es ist das Wurzelwort des französischen *saisir*, „stammt vom altdeutschen *sazjan*, *ponere*, und ist das Transitivum zu besitzen“. Es findet sich an mehreren Stellen westfränkischer Formeln [6]). Einigemale in der Bedeutung: „sich zu einer Sache ziehen“ [7]); ausserdem in der: „sich in das Eigenthum eines Grundstücks setzen“ [8]).

Dieser Verwendung nahe steht der Sprachgebrauch einer bereits in anderem Zusammenhang genannten septimanischen Gerichtsurkunde aus dem Jahre 876, auf welche auch Brunner hinweist.

Der Bischof von Nimes lässt in seiner Klage vortragen, dass ein gewisser Bernardus die von dessen Mutter der Marienkirche geschenkte

---

[1]) Nr. 89. Form. sal. Bign. 13 MGF p. 232; ebenso in der dieser nachgebildeten Form. sal. Merkel. 42 MGF p. 257.

[2]) Nr. 100. Cart. Sen. n. 21 MGF p. 194.

[3]) Lex Rib. 60, 2: *Si quis consortem suum quantulumcumque superpriserit.*

[4]) R. di Farfa II p. 130 n. 154. Fatteschi p. 281 n. 36.

[5]) Rechtsgeschichte der Urkunde I S. 284, 285.

[6]) Vgl. das Register der Zeumerschen Ausgabe.

[7]) Nr. 71. 73. 74. Form. sal. Merkel. 27. 28. 30 MGF p. 251. 252.

[8]) Marculf. II 41. Form. sal. Bign. 21. 22. Diese Bedeutung hat das Wort auch in der Formel Marculf. I 36.

> *villa Bizagum de potestate ipsius ecclesie tulerit et expoliaverat;*

dann aber habe Bernardus sein Unrecht eingesehen *(se recognovit et concredidit)* und Bürgen für die Rückgabe der Villa gestellt *(per suos wadios reddidit)*. Jedoch

> *postquam reditam habuit ipsam villam, sacivit malum ordinem contra lege* [1]).

Hier bedeutet das Wort, wie Brunner hervorhebt, „eine eigenmächtige Besitzergreifung". Es muss daher unter diejenigen Ausdrücke eingereiht werden, die besagen, dass der Beklagte durch eine rechtswidrige und auf Gewalt beruhende Handlung das Recht des Klägers verletzt habe.

Übrigens ist sicherlich auch eine andere septimanische Gerichtsurkunde hierher zu ziehen. Denn wenn hier der Kläger sagt:

> *iste presens Rostagnus eas sancivit iniuste infra isto anno malum ordinem incontra lege,*

so muss das *sancivit* sicherlich in ein *sacivit* verbessert werden [2]).

In den bisher besprochenen Fällen war die Klagebehauptung direkt auf die unrechtmässige Handlung des Beklagten gerichtet, durch welche der Kläger sich geschädigt glaubte. Gerade die besprochenen Formen der Klagebehauptung sind ein deutliches Zeichen des ursprünglich strafrechtlichen Charakters auch des Immobiliarprozesses.

Nun findet sich aber in den Quellen auch eine andere Fassung der Klage. Nicht eine einzelne widerrechtliche, gewaltthätige Handlung wird dem Beklagten zum Vorwurf gemacht, sondern es wird allgemeiner behauptet, der Beklagte besitze zu Unrecht, er halte ein Grundstück unrechtmässig in seinem Besitz fest, zurück.

Es ist nicht zu verkennen, dass die Klage, so gefasst, sich bereits deutlicher civilrechtlichen Formen nähert, und man wird daher die Vermuthung Brunners [3]), dass diese Klagformel jüngeren Ursprungs, aus der Klage um anvertrautes Gut entstanden sei, wahrscheinlich finden, wenngleich zu beachten bleibt, dass wir gerade sie bereits in den ältesten urkundlichen Bei-

---

[1]) Nr. 404. Th p. 155 n. 107.
[2]) Nr. 441. Th p. 167 n. 114.
[3]) RG II S. 512,

spielen antreffen, dass auch sie in Folge des bei ihr fast regelmässig verwendeten, nachher noch näher zu besprechenden *malo ordine* einen strafrechtlichen Zug behält, und endlich dass jene andere Form, der Vorwurf eines bestimmten Gewaltaktes, sich, wie wir sahen, neben der anderen bis in verhältnissmässig sehr späte Zeiten erhalten hat.

Die Klagformel, der Gegner besässe widerrechtlich, *malo ordine tenet, possidet*, ist die am weitesten verbreitete, die typische Form der Immobiliarklage in der fränkischen Zeit gewesen. Einige Beispiele aus den verschiedenen Rechtsgebieten und Zeiten werden das veranschaulichen.

In der ältesten erhaltenen nicht italienischen Gerichtsurkunde, einem Placitum König Sigiberts vom Jahre 648, dessen vorliegende Fassung allerdings nur von zweifelhafter Echtheit ist, treten Beauftragte des Bischofs Kunibert von Köln gegen Euergisilius mit der Klage auf,

> *quod vinea infra termino Bodofricense post se malo ordine retineret*[1]).

Im Jahre 691 klagt der Diakon Chrotcharius vor König Chlodovech III., dass Chuneberctus mehrere genannte Güter im *pagus Velcasinus*

> *malo ordine contradicerit vel post se retenerit*[2]).

Derselbe Kläger gebraucht in einer zwei Jahre später erhobenen Klage dieselben Worte; er behauptet jetzt, dass Amalbercthus den *locellus Badane-Curtis*

> *malo ordine post se retenuit*[3]).

Auch in einer 716 vor Chilperich II. geführten Gerichtsverhandlung geht die Klage dahin, dass der Abt von St. Denis dem Kläger Grundstücke

> *malo ordine contradicerit vel post se retenirit*[4]).

Der Ausdruck *malo ordine retinere* oder ein völlig sinnentsprechender begegnet uns weiter in folgenden Urkunden: in der 751 vor dem Majordomus Pippin vom Abt von St. Denis wider die Äbtissin von Septmeules erhobenen Klage:

---

[1]) Nr. 23. Neues Archiv XIII (1888) p. 157.
[2]) Nr. 35. DDM p. 53 n. 59.
[3]) Nr. 38. DDM p. 58 n. 66.
[4]) Nr. 57. DDM p. 73 n. 83,

quod ipsa res s. Dionisii post se malo urdine retinebat iniuste[1]).

In dem vor Karl dem Grossen 775 zu Düren verhandelten Prozesse des Bischofs von Paris wider den Abt von St. Denis, in welchem dem Beklagten vorgeworfen wird, dass er das Kloster Placicium

ad parte s. Dionisii post se retenibat malo ordine iniuste[2]).

In der im selben Jahre vor dem König zu Schlettstadt vom Kloster Honan gegen das Kloster Corbie erhobenen Klage:

quod illas res in eorum potestate iniuste retinuisset[3]).

In der Klage, die 781 der Vogt von St. Denis wider sechs *homines* anstrengt,

eo quod rem s. Dionysii post se retinebant in sua potestate iniuste[4]).

Auch kann man das Placitum Karls von 771 hierherrechnen, in dem der Abt von Fulda den Dagaleichus beschuldigt, dass er Grundbesitz des Klosters

malo et iniquo studio detineret et ab utilitatibus ecclesie sue prohiberet[5]).

Zahlreiche Beispiele liefern auch die fränkischen und ausserfränkischen Pivaturkunden. In einer burgundischen Gerichtsurkunde aus dem Jahre 876 wird ein Priester der Benignuskirche zu Dijon verklagt,

quod res s. Benigni iniuste teneret[6]).

Im Jahre 887 wird zu Mâcon um eine Mühle geklagt, weil der Beklagte sie

iniuste tenebat et faciebat que non debuisset[7]).

Eine abweichende Wendung, die aber gleichwohl hier angeführt werden kann, da auch sie nur dazu dient, die Thatsache des behaupteten Unrechts kurz hinzustellen, findet sich in einer Urkunde von Cluny aus dem zehnten Jahrhundert, in welcher Graf Wilhelm gegen Ansgerius Klage erhebt,

---

1) Nr. 75. DDM p. 107 n. 22. Mühlb. 57 (u. Nachträge S. 771).
2) Nr. 93. Tardif p. 59 n. 75. Mühlb. 187.
3) Nr. 94. Grandidier Strasbourg II p. 118 n. 69. Mühlb. 196.
4) Nr. 114. LSch p. 23 n. 36.
5) Nr. 83. LSch p. 20 n. 31.
6) Nr. 405. Pérard p. 152.
7) Nr. 424. Th p. 161 n. 109.

quia villam Aionam contra ius vel civile vel publicum teneret[1]).

Im Jahre 918 verlangt der Bischof von Autun Herausgabe der *villa Canavas*, die

Cadilo ipse et heredes iniuste tenebant vel tenere conabantur[2]).

Ferner mag die Klagebehauptung einer Urkunde aus dem Cartular von Conques hier genannt werden: es wird gegen den Mönch Aldricus behauptet,

quod malo ordine requirebat vineas cum ipsas terras[3]).

Auch in rechtsrheinischen Gebieten war diese Klageformel eine sehr verbreitete.

Wir treffen sie z. B. in Baiern; ich nenne eine Urkunde aus dem Jahre 802: der Vogt des Bischofs von Freising erhebt wider Lantfrid Klage,

quod iniuste possideret res s. Petri de monasterio Slechdorf[4]).

Beispiele bieten weiter auch die italienischen Gerichtsurkunden.

Zu Lucca erhebt im Jahre 815 der Vogt der Martinskirche Klage mit den Worten:

Audire me dignetis, quia iste Suave contra ratione abet quattuor petie de vinea ipsius ecclesie s. Martini[5]).

Ganz gleich lautet die Klagformel in einer luccheser Gerichtsurkunde aus dem Jahre 822[6]).

In einem Rechtsstreit zwischen der Marienkirche *ad Monte* und einem gewissen Minto beginnt der klagende Kirchenvogt die im Beweistermin vorgetragene Darstellung des Thatbestandes mit der Erwähnung, dass er den Beklagten schon einmal geladen habe,

quod ipse malo ordine et contra lege aberet et detin[eret] campum[7]).

---

[1]) Nr. 481. Chart. de Cluny I p. 179 n. 192 (913).

[2]) Nr. 488. Gallia christ. IV instr. c. 67 n. 28.

[3]) Nr. 538. Cartulaire de Conques p. 234 n. 293 (958).

[4]) Nr. 166. Meich. I 2 p. 88 n. 116.

[5]) Memorie di Lucca V 2 p. 239 n. 397.

[6]) Eod. IV 2 p. 27 n. 20.

[7]) Eod. IV 2 app. p. 64 n. 51.

Dafür, dass auch in Süditalien die Klage in dieser allgemeinen Weise erhoben und urkundlich wiedergegeben wurde, kann eine Urkunde des Klosters La Cava angeführt werden, die über einen im Januar 863 wohl zu Salerno oder Benevent von mehreren vornehmen Beneventanern gegen mehrere Atrianenser geführten Prozess berichtet; den Beklagten wird vorgeworfen,

> *ut malo ordine tenere[n]t terris et vineis in locum Beteri Salernitane finibus pertinentem illorum per suis rationibus* [1]).

Einfache Behauptung, Beklagter sei im Unrecht, ist dann ferner auch fast durchgängig in den Formeln des Liber Papiensis, in denen um Grundstücke geklagt wird, anzutreffen. In ihnen beginnt der Rechtsstreit fast überall mit den Worten des Klägers oder genauer seines Vertreters:

> *Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine terram quae iacet in loco tali* [2]).

Die Wendung *malo ordine*, die uns in den meisten der betrachteten Urkunden und ebenso in zahlreichen Gesetzesstellen als technischer Ausdruck [3]) begegnet, ist zumal in ihrer Anwendung in Fällen, wie den letztgenannten, darum besonders charakteristisch, weil sie überall und also auch hier das strafrechtliche Moment, das in der Immobiliarklage liegt, zum Ausdruck bringt. Da, wie oben bereits mehrfach betont worden ist, der deutsche Prozess stets ein Unrecht des Beklagten, nicht

---

[1]) Cod. Cav. III p. 12 n. 220.

[2]) Wörtlich so oder sehr ähnlich lautet die Klagebehauptung in den Formeln zu Roth. 153; 1, 2; Expos. § 10. Roth. 164. 167. 170. 171. 172. 182; Expos. § 3. 188. 195. 200. 204. 224. 225. Grim. 4; 1, 2. Liutpr. 8. 8. 19; 1, 2. 22. 53; 1. 57. 58; 3. 62. 64. 65. 66; 1, 2. 69; 1—8; Expos. 1 § 2. 72: 1, 2. 73. 77; 1, 2. 88. 90. 98. 101. 104; 1. 105. 112. 118; Expos. § 10. 126. Aist. 5; 1, 2. 7. 9; 1, 2, 3; Expos. § 1. Lud. P. 1. 16; 1, 2, 3. Loth. 69. 78. Wid. 5; 12; Expos. 1 § 2. 6; 1; Expos. § 3, 4, 8, 9. Otto I. 2; 1, 2; Exp. § 2. 5.

[3]) Z. B. L. Baiuw. 17, 1: *Si quis pratum . . . contra legem malo ordine invaserit.*

Rothari 228: *Si quis alium de rem mobilem aut immobilem pulsaverit, quod malo ordine possedeat.*

Liutpr. 90: *Si quis res alienas, casas aut terras, aut pecunia aut familias malo ordine possederit.*

Charakteristisch ist, wie die Lex Romana Curiensis offenbar unter deutsch-

ein Recht des Klägers zur nächsten Grundlage hatte, und da andererseits auf dem naiven Standpunkt der älteren Zeit der Umstand, ob die Rechtsverletzung mit oder ohne rechtswidrige Absicht geschehen war, nicht berücksichtigt wurde, so enthielt anch jedesmal die Klagebehauptung *malo ordine possides* die Beschuldigung des Beklagten, nicht bloss ein Vermögensrecht des Klägers, sondern direkt die Rechtsordnung überhaupt, ebenso wie ein Dieb z. B., verletzt zu haben.

Unrichtig ist es, zu sagen, dass durch die Klage behauptet werde, „dieses *tenere malo ordine* sei ein bewusst widerrechtliches" [1]); denn die Absichtlichkeit gehört nach deutschem Recht, wie hervorgehoben, nicht zu den Voraussetzungen der Rechtsverletzung [2]). Wir finden viele Beispiele, in denen der Kläger nicht daran dachte, dem Beklagten eine bewusste, absichtliche Verletzung klägerischer Rechte vorzuwerfen: er klagte z. B., um unter vielen auf einen Fall hinzuweisen, auf Herausgabe eines dem Beklagten zu Nutzgenuss verliehenen, durch dessen schlechte Bewirthschaftung aber verwirkten Grundstücks. Wenn er hier behauptete, der Beklagte besitze *malo ordine* (und das konnte er mit Fug nnd Recht behaupten), so wollte er damit natürlich nicht sagen, der Beklagte habe die Absicht gehabt, das Grundstück zur Schädigung des Klägers zu verschlechtern; er konstatierte vielmehr nnr eine Thatsache, die durch ein rechtswidriges Verhalten des Beklagten, gleichviel ob mit dessen Bewnsstsein oder nicht, eingetreten war; der Beklagte fand vielleicht seine Bewirthschaftnngsmethode sehr angemessen.

Schon die langobardischen Juristen haben diesen allein richtigen Sinn des Ausdrucks *malo ordine* klar erkannt und

---

rechtlichem Einfluss die Worte selbständig einfügt, während sie im übrigen ihre Vorlage, die Interpretatio der Lex Romana Wisigothorum, kürzt.

L. Rom. Cur. 2, 26: *Quicumque homo alterius terra malo ordine invaserit.*

L. Rom. Visigoth. 2, 26 Interpr.: *Si quis pervasor finium fuerit approbatus, eo quod ... . id, quod alter tenuerat, invaserit, non solum illud, quod male praesumit, amittat.*

[1]) Kannengiesser die prozesshindernde Einrede, Leipzig 1878, S. 26.

[2]) Vgl. Brunner RG II S. 544 ff.

wissenschaftlich erläutert[1]) unter ausdrücklicher Zurückweisung der falschen Ansicht, dass er sich nur auf den bewussten Besitz fremder Sachen beziehe, die, wie sie hervorheben, auf einem Missverständniss einer Institutionenstelle beruhe. Das *malo ordine* hat also nichts mit der römischen *mala fides* zu thun.

Es muss nun noch auf einige andere Klagformeln hingewiesen werden, die allerdings sehr viel seltener als die bisher besprochenen Haupttypen vorkommen. Dem italienischen Urkundenstil ist eine Form der Klage bekannt, die gleichfalls, wenn auch etwas anders gefasst, die Behauptung enthält, der Beklagte besitze zu Unrecht. Sie besteht darin, dass der Kläger den Beklagten auffordert, ihm Recht zu geben oder Rede zu stehen in Bezug auf den Besitz irgendwelcher Grundstücke, für den der Kläger eine Berechtigung des Beklagten nicht kennt. Die Behauptung eines rechtsverletzenden Verhaltens des Beklagten ist hier also in fragender Form ausgedrückt.

So sagt in einer farfenser Gerichtsurkunde von 753 der Kläger, er habe einen Hof zum Geschenk erhalten,

> *et habet ipsum casalem domnus abbas* (der Beklagte), *pro qua causa nescio*[2]).

So verlangt in einer ravennatischen Urkunde von 838 der Kläger vom Beklagten, dass er ihm Rede stehe in Bezug auf Besitzungen, die der Beklagte innehabe; aus welchem Grunde wisse er, der Kläger, nicht[3]).

Die im Jahre 994 vom Vogt von Farfa vor einem Königsboten erhobene Klage lautet:

> *facite nobis legem de Benedicto diacono, qui tenet terram et vineam de monasterio . . . et possidet eam, nescio quali ordine*[4]).

---

[1]) Expositio § 2 zu Liutpr. 90: *Lex ista dicens: ‚malo ordine possederit' quibusdam videtur de eo solo, qui sciens res alienas possideat, dicere, eo quod in Institutionum lege* (§ 2 J. off. iud. IV, 17) *credens esse suam bonae fidei possessor, sciens vero esse alienam male fidei possessor esse asseritur. Sed veraciter arbitratum est, sive a sciente sive a nesciente res aliena (possessa esset), malo ordine dixisse eam esse possessam.*

[2]) R. di Farfa II p. 44 n. 34. Troya IV p. 478 n. 677. Galletti Rieti p. 133. Ähnlich lautet die Klage R. di Farfa II p. 89 n. 97.

[3]) Fantuzzi II p. 5 n. 2. Vesi I p. 86.

[4]) Fatteschi p. 350 n. 122 (Registrum Farfense nr. 442).

Eine direkte Frage liegt in den Worten, mit welchen 807 zu Lucca der Rektor der Martinstaufkirche *in loco Colline* gegen den Kleriker Alsprandus klagt:

faciat mihi iustitia iste A. clericus: pro qua causa abes res Homuli clerici avii tui et basilica s. Angeli, que est pertinentes suprascripte ecclesie s. Martini? [1])

Ein Beispiel der einfachen Aufforderung zur Antwort bietet auch eine mailänder Gerichtsurkunde von 865; der Kläger sagt zum Beklagten:

mitte mihi responsum de casis et rebus illis in vico D. et G., qui pertinet ad parte monasterii s. Ambrosii [2]).

Gleichfalls nur eine Variation der allgemeinen Grundform liegt dann vor, wenn neben oder anstatt der Thatsache des widerrechtlichen Besitzes das Bestreiten des klägerischen Rechtes besonders betont wird.

So wenn in der genannten ravennatischen Urkunde von 838 die Vertreter der Apollinariskirche zu Bruningus sprechen:

fac iustitia de casis et rebus illis . . . . unde pars s. Apollinaris investita fuit, set tu iniuste detenis adque da parte s. Apollinaris subtrahere queris, *nescio pro quod rationem; proinde quero ad te habere iustitiam* [3]).

Und ähnlich heisst es in einer süditalienischen Urkunde von 990, in welcher vom Abt der Marienkirche zu Salerno wider den Abt des dortigen Marienklosters Klage erhoben wird,

ut ille abbas et hominibus predicti monasterii contraxet *ei ad clericos predicte ecclesie terra ipsa* [4]).

In allen bisher besprochenen Formen der Klage, auch in den zuletzt genannten, spiegelt sich die oben hervorgehobene Eigenthümlichkeit des deutschen Prozesses wieder: die Klagebehauptung betrifft nicht das Recht des Klägers, sondern das Unrecht des Beklagten.

Aber es kommt, wenn auch ganz selten, vor, dass die Urkundentexte die Klagebehauptung in der Weise formulieren, dass

---

[1]) M. di Lucca V 2 p. 198 n. 335. Muratori Ant. I c. 535. Brunetti II 1 p. 365 n. 59.

[2]) Cod. Lang. c. 395 n. 236 Muratori Ant. V c. 275. Fumagalli p. 383.

[3]) Fantuzzi II p. 5 n. 2. Vesi I p. 86.

[4]) Cod. Cav. II p. 289 n. 422.

nicht das Unrecht des Beklagten, sondern vielmehr das bessere Recht des Klägers als Klagegrund genannt wird.

Aus dem Gebiet des fränkischen Rechts ist eine burgundische Urkunde von 866—874 zu erwähnen; es handelt sich um einen vor Königsboten geführten Rechtsstreit zwischen dem Bischof Wulfaldus und dem Grafen Heccardus um die *villa Patriciacus, quem*, so sagt die Urkunde,

> *Vulfaldus dicebat, quod de sua ecclesia essere deberet* [1]).

In einer Urkunde aus der Bretagne (854 oder 865) heisst es vom Kläger Dreglur:

> *requisivit particulam terrae, quae erat in Ranbrochan, super Dinaeru* (Bekl.); *dicebat namque supradictus Drichglur, quod iustius et proprus esset illa supradicta terra ad Rahenbar quam ad Ranbrocan* [2]).

Aus Baiern liegen folgende Beispiele vor. Abt Roodlant und ein gewisser Roodbert klagen wider den edlen Mann Tagadeo vor Erzbischof Arno von Salzburg um ein *benefitiolum*,

> *dixeruntque, quod ibsud benefitium in illorum* (der Kl.) *potestate maius deberet consistere quam in alterius cum ipso possessore nomine Roodunc* [3]).

Es mag sein, dass hier die vorliegende Fassung der Klage dadurch bedingt wurde, dass der Beklagte Tagadeo das streitige Grundstück seinerseits dem Rooduuc als Beneficium ausgeliehen hatte, ihm selbst also nicht unrechtmässiger Besitz vorgeworfen werden konnte, andrerseits aber nach allgemeinem Rechtsgrundsatz gegen ihn und nicht gegen den Beneficiar zu klagen war.

Dagegen richtet sich gegen den thatsächlichen Besitzer, den Bischof von Augsburg, die am 31. August 822 zu Allershausen vor dem Königsboten Hatto verhandelte Klage der Freisinger Kirche, deren Vertreter sagt:

> *ipsam ecclesiam ad Chenperc* (der Streitgegenstand) *in episcopatum s. Mariae ad Frigisinga pertinere debere* [4]).

Auch einige wenige alamannische Urkunden sind hier zu nennen; sie gehören dem zehnten Jahrhundert an. In der einen,

---

[1]) Nr. 399. Pérard p. 23 n. 12.
[2]) Nr. 365. Cartulaire de Redon p. 37 n. 46.
[3]) Nr. 158. Mon Boica XXVIII 1 p. 23 n. 25 (785—798).
[4]) Nr. 238. Meich. I 2 p. 247 n. 470.

von 920, klagen die Mönche des Klosters St. Gallen wider den Bischof von Chur um die Abtei Pfävers,

> *quod iuste debuisset ad partem s. Galli venire plus quam illi licuisset habere*[1]).

In der anderen aus den Jahren 950 bis 954 stammenden handelt es sich um den Streit des Chorherrenstiftes zu Zürich wider das dortige Nonnenkloster um ein Grundstück zu Samilinis Rüti; Kläger behaupten:

> *quod hoc predium . . . illorum magis esse debuisset, quam ipsi* (Beklagte) *cum iniquo possiderent censu*[2]).

Damit aber wären die urkundlichen Beispiele erschöpft, die ich für diese ungewöhnliche Fassung der Klagebehauptung anführen könnte[3]).

Unter den italienischen Urkunden ist mir kein derartiger Fall begegnet.

Dagegen ist schon von anderer Seite wiederholt hervorgehoben worden[4]), dass in den Formeln des Liber Papiensis neben der oben erwähnten rein deutschrechtlichen Formel:

> *Petre, te appellat Martinus, quod malo ordine possides terram in loco tali*

sich eine andere findet, dahin lautend:

> *Petre, te appellat Martinus, quod terram, quam tenes et possides in tali loco, sua propria est*[5]).

Und zwar wird diese zweite Formel, und das ist die Hauptsache, von den Juristen als die neuere, richtigere jener anderen veralteten gegenübergestellt. Wir haben hierin einen deutlichen Beweis für die beginnende römischrechtliche Strömung in der

---

[1]) Nr. 490. Wartmann III p. 1 n. 779.

[2]) Nr. 532. UB der Stadt u. Landschaft Zürich I p. 90 n. 199.

[3]) Denn die in der wohl nach Rätien gehörenden Urkunde bei Wartmann I p. 329 n. 354 (Nr. 227) gebrauchten Worte : *T. et M. amallaverunt E. et fratre suo V. de terra deveri* (= *debere*) sind zu unbestimmt, als dass sie hier benutzt werden könnten.

[4]) Kannengiesser prozesshindernde Einrede S. 44 Anm. 47. Hensler Institutionen I S. 394.

[5]) So oder ähnlich in den Formeln zu Roth. 227; 1, 2. 228; 1. Grim. 4; 2. Liutpr. 53; 2. Beide Arten werden in der angegebenen Weise, dass die neuere der älteren gegenüber empfohlen wird, an folgenden Stellen gebraucht, Roth. 153; 3, 4, 5, 6. Liutpr. 66; 3. 69; 9. 77; 3. 104; 2. 114; 2. 115; 2. Otto I 1; 3, 4.

Rechtsschule von Pavia; man will die alte deutschrechtliche Klagformel durch „eine mehr römisch anmuthende" [1]) ersetzen, denn man glaubt den modernen Immobiliarprozess unter die Regeln des römischen Vindikationsprozesses zwingen zu müssen. Jedenfalls ist in Italien dieses Streben erst in nachfränkischer Zeit hervorgetreten; die italienischen Urkunden fränkischer Zeit sind wie gesagt von derartigen römischen Einflüssen noch frei.

Immerhin ist es möglich, dass in jenen Beispielen aus nicht italienischen Gebieten, die vorhin genannt worden sind, die Spuren fremdrechtlicher Auffassung zu erkennen sind; bei ihrer Seltenheit wird sich aber schwer etwas Bestimmtes behaupten lassen.

Also die einfache Behauptung, der Beklagte besitze mit Unrecht, ist den Grundsätzen des einheimischen Prozessrechtes gemäss der Inhalt der Klagebehauptung. Es wird das Recht des Beklagten, das betreffende Grundstück zu besitzen, bestritten und damit indirekt, ohne dass es ausgesprochen würde, das bessere Recht des Klägers behauptet.

Es ist also stets das nicht vorhandene Recht, das Unrecht des Beklagten, um das es sich handelt. Daher ist es völlig willkürlich, wie es Kannengiesser auf Grundlage der Formeln des Libes Papiensis thut, je nachdem in den Klagen der besprochenen Art das Wort *tenere* oder das Wort *possidere* gebraucht wird, petitorische und possessorische Klagen zu unterscheiden [2]).

Die Frage, ob überhaupt und wann in fränkischer Zeit von einem possessorischen Prozess, d. h. von einer nur auf den Besitz als solchen gerichteten, die Rechtsfrage aber nicht berücksichtigenden Klage geredet werdeu kann, wird uns nachher noch beschäftigen. Hier aber ist hervorzuheben, dass, wie schon die angeführten Beispiele ersehen lassen, in den Urkunden die Ausdrücke *tenere* und *possidere* [3]) oder ähnliche in durchaus gleichem Sinne verwendet werden.

Ebenso ist die Behauptung, nur auf das *malo ordine tenere* habe der Beklagte mit Angabe seines Rechts antworten müssen,

---

[1]) **Heusler** a. a. O.

[2]) Prozesshindernde Einrede S. 21 ff.

[3]) *Possidere* ist die typische Formel der langobardischen Gesetze, **Brunner** RG II S. 512 Anm. 6.

nur hier also habe ein Streit um das Recht, ein petitorischer Prozess, vorgelegen, dem *malo ordine possides* aber habe er unter Verweigerung jedes „Aufschlusses über die Rechtsfrage" antworten können, völlig willkürlich und wird von den Urkunden Lügen gestraft. Der Verlauf des Prozesses ist ganz der gleiche, ob zufällig der Kläger den Ausdruck *tenere* oder *possidere* wählt, abgesehen davon, dass es überhaupt schwer sein möchte, aus diesen beiden Worten einen verschiedenen Sinn herauszulesen.

Dem von Kannengiesser aufgestellten Satz, nur die Klage aus dem *tenere* habe den Beklagten zur Darlegung und Begründung seines Rechts genöthigt, genügt es, eine italienische Urkunde (da er sich auf italienisches Recht beschränkt) entgegenzustellen: es ist ein schon oben angeführter Fall[1]); vier vornehme Leute klagen im Januar 963 wider zwei Einwohner von Atrianum. Die Klage lautet:

> *ut malo ordine tenere[n]t terris et vineis.*

Und wie erwidern die Beklagten hierauf?

> *Dixerunt: tenere terris et vineis, set non malo ordine; et rationem inde abere dixerunt.*

Wo ist hier dem *tenere* gegenüber von einer Darlegung und Begründung ihres Rechts die Rede? Denn dass die Behauptung, sie hätten Beweise ihres Rechts, nicht als Begründung ihres Rechts aufgefasst werden kann, ist doch wohl selbstverständlich.

Hier wie überall behauptet die Klage: ihr habt kein Recht, und die Beklagten antworten: wir haben Recht.

2. Gab es possessorische Klagen?

Die Klagformel *malo ordine possides* war ihrer allgemeinen Form wegen in jedem Falle anwendbar. Sie hatte wie gesagt möglicherweise ursprünglich nur dann Verwerthung gefunden, wenn die Beklagten ein Grundstück zurückzugeben sich weigerten, auf das sie kein Recht mehr hatten. So wird sie z. B. in einer Stelle der Lex Alamannorum (2, 1) verwendet: die

[1]) S. 44. Cod. Cav. II p. 12 n. 220.

Vertreter der Kirche klagen mit *malo ordine possides* gegen die Erben des Schenkers. Aber die Formel konnte auch bei gewaltsamer Besitzentsetzung, bei einem *invadere*, *abstrahere* zur Anwendung gelangen, und dass es häufig geschah, haben uns die besprochenen Urknnden gezeigt.

Jedenfalls hat die Klage *malo ordine possides* ganz dieselbe prozessualische Behandlnng zur Folge wie etwa die Klage *malo ordine tulisti.* Daran lassen die Urknnden keinen Zweifel.

Die Folgerung, die hieraus gezogen werden muss, ist die, dass wenigstens im Recht der fränkischen Zeit der Fall, in dem der Kläger dejiciert worden ist, nicht als ein besonderer angesehen und etwa nur für ihn die Möglichkeit possessorischer Klage angenommen werden kann.

Heusler hat diese Ansicht vertreten. Im Fall der Dejektion sei die Gewere von Anfang an bestritten, von beiden Parteien für sich in Anspruch genommen worden [1]). Dann habe der Dejicierte, der Kläger, verlangt, dass ihm in Aufhebung der Besitzentsetzung die Gewere zugesprochen werde.

Mir scheint diese Anffassung ans dem Grunde nnhaltbar, weil das, was hier als Besonderheit bei gewaltsamer Besitzentsetzung hervorgehoben wird, eben in jedem Rechtsstreit um Liegenschaften der Fall war. Versteht man unter Gewere das „Besitzrecht“, so ist sie in jedem Immobiliarprozess bestritten, denn jeder Immobiliarprozess dreht sich darum, wer das Recht dazu hat, das betreffende Grundstück zu besitzen. Versteht man unter Gewere den faktischen Besitz, so übt ihn der Dejicient unzweifelhaft ans; dieser ist daher gar kein Gegenstand des Streits.

Dass — abgesehen von den Fällen streitigen Besitzstandes, von denen später zu sprechen ist — jemals die Klage des Klägers zunächst nnr auf Anerkennnng des faktischen Besitzstandes vor der Dejektion gegangen wäre, habe ich nicht finden können; ausnahmslos handelt es sich auf Seite des Klägers wie des Beklagten um das Recht.

---

[1]) Gewere S. 92 ff. Vgl. auch Institutionen II § 85, wo allerdings nicht mit völliger Sicherheit erhellt, ob die Ausführungen neben dem mittelalterlichen auch dem fränkischen Recht gelten; jedenfalls werden aus letzterem keine Belegstellen angeführt.

Anch die drei von Heusler[1]) für den Fall der Dejektion angeführten Beispiele können nicht als Beweis für einen wirklich possessorischen Prozess verwendet werden.

In der bairischen Urkunde von 818[2]) wird dem Beklagten vom Bischof unrechtmässiges Betreten des Hofes und Hauses der Kirche zu Pach in Verbindung mit Misshandlung eines Hörigen vorgeworfen, dem gegenüber der Beklagte behauptet, die Kirche sei sein Eigenthum, *suam propriam*. Also wie immer so auch hier Streit um das Eigenthumsrecht. Wenn es dann heisst, der vorsitzende Graf habe gefragt,

utrum ille (der Beklagte) *vel episcopus vestituram haberet*,

und hierauf der Beklagte dreimal vor der Versammlung gesteht,

se hanc vestituram firmiter tenere,

und dann zum Inquisitionsbeweis geschritten wird, und die Geschworenen die vom Beklagten verübte Besitzentsetzung bezeugen, so muss man, wie ich meine, nach der Analogie zahlreicher anderer Fälle die immerhin eigenthümlichen und sonst nicht wiederkehrenden Worte

utrum ille vel episcopus vestituram haberet,

dahin verstehen, dass, da nach allgemeinem Grundsatz der Beklagte der Nähere zum Beweise war, der Vorsitzende die Frage an ihn gerichtet habe, ob er einen rechtlichen Grund für seine Handlungen anführen, d. h. ob er ein Recht zum Besitz *(vestitura* in diesem Sinne) behaupten könne. Und da er dies verneint, kommt er nicht dazu, sich frei zu schwören. Auch müsste es auffallen, wenn das Gericht, lediglich um die thatsächliche Besitzlage festzustellen, an den Beklagten dreimal die Frage gerichtet hätte; es hätte dann sicherlich eine einfache Antwort genügt, zumal man aus der Antwort des Beklagten nur das erfuhr, was die Klage behauptete. Dagegen lässt sich verstehen, dass dem Beklagten durch dreimalige Frage Zeit zur Überlegung gegeben werden sollte, ob er wirklich dabei verharre, ein Recht seinerseits zu behaupten.

Endlich möchte ich noch folgenden Umstand anführen, der für diese Auffassung spricht. Nach der Inquisition ergeht das

---

[1]) Gewere S. 92.

[2]) Nr. 219. Meich. I 2 p. 194 n. 368. LSch p. 32 n. 50.

Urtheil, dass der Beklagte den Bischof und seinen Vogt *vestire debere;* und hierauf wird dies Urtheil vom Beklagten ausgeführt:

iusto iudicio superatus reddidit ecclesiam.

Diese Rückgabe wird zunächst nur symbolisch, dann aber später am selben Tage körperlich vollzogen:

die vero eadem legitimum missum episcopi vestivit cum corde unde signum tangitur . . . et se ipsum in evum se absacitum fecit.

Also der Beklagte überträgt die Vestitur unter Übergabe des Glockenseils an den Kläger nnd räumt selbst in der hergebrachten rechtsförmlichen Weise den Besitz; wie wäre das alles möglich, wenn er nicht selbst in thatsächlichem Besitz gewesen und bis zum Ausgang des Prozesses geblieben wäre. Denn nur der, der selbst die *vestitura,* den thatsächlichen Besitz, hatte, konnte sie einem anderen übertragen.

Der andere Fall, auf den Heusler sich beruft, ist eine verhältnissmässig späte italienische Urknnde[1]). Es wird vor dem Bischof von Arezzo vom Abt des Klosters der heiligen Flora und Lucilla wider Petrus nm bestimmte Grundstücke Klage erhoben. Der Beklagte räumt sogleich ein, auf den dritten Theil derselben keine Ansprüche zu haben, er besitze sie nur als Beneficium des Klosters. Aber was die beiden anderen Drittel betreffe, so habe ihn in Bezug auf diese der Kläger zu Unrecht verklagt. Das leugnet wiederum Kläger, und so stehen sich nun beide Parteien gegenüber, jede nur durch nackte Behauptung ihres Rechts sich vertheidigend. Da Beweismittel von keiner Seite angeboten werden, kommt es zum gerichtlichen Zweikampf, wobei dem Beklagten wegen körperlicher Schwäche gestattet wird, einen Kämpen zu stellen. Wenn es dann heisst, Kläger habe gelobt in den Kampf einzutreten *de investitura uius predii,* so ist damit das Besitzrecht gemeint; und ebenso ist die leugnende Antwort des Beklagten *(hoc tortum adversus me queris)* nur dahin zu verstehen, dass er leugnet, nicht überhaupt zu besitzen, sondern nur rechtswidrig, *malo ordine,* zu besitzen.

Das dritte von Heusler angeführte Beispiel endlich ist

---

[1]) Muratori Ant. III c. 643 (1010).

eine luccheser Urkunde von 902[1]). Ein Vertreter der bischöflichen Kirche klagt wider einen gewissen Ghispertus wegen unrechtmässigen Betretens und Bewirthschaftens einer Kirche und der zu ihr gehörigen Ländereien zu Verriana. Das Verfahren spielt sich ganz in den üblichen Formen und nach den Grundsätzen, die wir später als die herrschenden entwickeln werden, ohne jede Andeutung auf ein possessorisches Moment ab. Auf die motivierte Klage antwortet der Beklagte mit schlichter Negation. Daher geht das Beweisrecht auf den Kläger über. Der Kläger muss aber auf Frage des Vorsitzenden erklären, keine Beweismittel zu haben. Also fällt das Beweisrecht an den Beklagten zurück; dieser ist jetzt daran, das Gegentheil der Klagebehauptung beweisen zu können. Es wird ihm auferlegt, durch Wadia die Erbringung des Beweises zu geloben. Im neuen Termin fordert (wie es immer geschieht) der Kläger den Beklagten auf, nunmehr mit seinem Beweise hervorzutreten. Aber nun muss der Beklagte bekennen, keinen Beweis gefunden zu haben; er leistet Professio, und dieser entsprechend ergeht dann das Urtheil.

Ich wüsste nicht, worin in diesem Beispiel das Possessorische gesehen werden sollte; der ganze Prozess dreht sich schlechterdings nur darum, ob der Beklagte zu den fraglichen Handlungen ein Recht gehabt hat oder nicht.

Wenn daher Hensler erklärt[2]), im Fall der Dejektion sei es das Bestreben der Partei gewesen, „für das Beweisverfahren über die Hauptsache in die Beklagtenrolle zu gelangen, und damit den Angriff des Gegners auf ihren Rechtstitel abwarten zu können“, so bieten für diese Behauptung die Fälle, in denen es sich um Dejektion handelt, nach meiner Ansicht keine Grundlage.

Eine Trennung zwischen dem Beweisverfahren über die Hauptsache (das Recht) und dem über den Besitzstand kann ich nicht entdecken. Auch ist es mir nicht möglich gewesen, in irgend einem der in Betracht kommenden urkundlichen Beispiele ein Streben der Partei, d. h. des Klägers, dahin zu finden, in die Beklagtenrolle zu gelangen, oder überhaupt nur irgend

[1]) M. di Lucca V 3 p. 13 n. 1058. Muratori Ant. V c. 309.

[2]) Gewere a. a. O.

eihen Unterschied zwischen denjenigen Fällen, in denen Dejektion vorlag, und den übrigen zu erblicken.

In allen Fällen, in welchen der nicht besitzende Eigenthümer gegen einen Anderen anf Herausgabe eines Grundstücks Klage erhob, war das Verfahren dasselbe, mochte die Klage in Folge einer Dejektion angestellt werden oder mochte der Beklagte in anderer Weise in den Besitz gelangt sein.

Gerade die gleichmässige Behandlungsweise aller dieser Fälle ist der Grund dafür, dass überall in der gleichen allgemeinen Form Klage erhoben werden konnte, deren Inhalt immer nur darin bestand, ein Unrecht des Beklagten zu behaupten.

Wir können uns also der Meinung nicht anschliessen, es sei bei Dejektion ein besonderes Verfahren, ein Possessorium, möglich gewesen, in anderen Fällen (vorläufig noch abgesehen von denen zweifelhaften Besitzstandes) aber nicht.

Der Zweck der Klage ist stets[1]) darauf gerichtet, Herausgabe des Guts zu verlangen, überhanpt das Gericht zu veranlassen, die durch das Unrecht des Beklagten, die verübte „Landnahme“, verwirkten Folgen auszusprechen; dem Beklagten wird ein unrechtmässiges Verhalten vorgeworfen, gleichgültig, ob er sich eine gewaltsame Handlung hat zu Schulden kommen lassen oder nicht, ob er bewusst das Recht des Klägers verletzt hat oder nicht.

Im Fall der Dejektion also hat das fränkische Recht, wie wir ans den Quellen entnehmen müssen, noch kein possessorisches Verfahren gekannt; die Parteirollen standen ohne weiteres fest; der Beklagte, obwohl er es als Dejicient nicht verdienen mochte, stand wie jeder andere im Besitz befindliche, der sich auf einen Rechtstitel berufen konnte, näher am Beweise; da er aber nur durch einen Meineid diesen formalen Vorzug für sich ausnutzen konnte, so mag die scheinbare Ungerechtigkeit der ersten Beweisvertheilung wohl selten für den Kläger nachtheilige Folgen gehabt haben.

Nun hat Heusler[2]) weiter ein possessorisches Verfahren in denjenigen Fällen angenommen, in denen der Besitzstand zwei-

---

[1]) Einige Fälle, in denen der Klagezweck und die Parteivertheilung anders geartet sind, werden weiter unten hervorgehoben werden.

[2]) Gewere S. 94, 100. Institutionen II S. 45.

felhaft war. In den Fällen, wo zwei Personen auf einem Gut dieselben Besitzhandlungen vorgenommen hatten, hätten zunächst unter Umständen Vorverhandlungen über die blosse Besitzfrage stattgefunden; konnte dann nur eine Partei wirkliche Ausübung des Besitzes nachweisen, so wäre dieser, konnten es beide, so wäre der länger im Besitz befindlichen die Gewere zuertheilt worden.

Für den ersten Fall, wo nur eine Partei wirkliche Besitzausübung beweist und daher die Gewere zugetheilt erhält, beruft er sich auf eine merkwürdige pistojenser Urkunde von 806 [1]), die auch von Pertile als einziger Beleg für seinen Satz verwendet wird, dass in der Praxis der Gerichte schon im 9. Jahrhundert Possessorium und Petitorium unterschieden war [2]). Zu Pistoja vor dem Bischof der Stadt erhebt Gisilari, ein Vertreter des königlichen Hofes, Klage wider den Vertreter des Bartholomäusklosters um die Kirche der heiligen Petrus, Paulus und Anastasius zu Pistoja. Er fragt, aus welchem Grund die Beklagten sie besitzen, da sie zu dem königlichen Hofe gehöre. Das letztere verneinen die Beklagten; sie berufen sich auf eine Schenkungs- und auf eine Verleihungsurkunde, aus denen hervorgehe, dass die Kirche in Folge einer Schenkung des Rapertus Eigenthum ihres Klosters sei.

Der Kläger bestreitet nunmehr die Beweiskraft der Urkunden; er könne vielmehr beweisen, dass der königliche Hof mit dem ganzen Besitzthum des Rapertus, also auch mit der Kirche investiert worden sei, und dass Austrualda ihn im Dienst des Hofes bewirthschaftet habe. Das Gericht legt nunmehr dem Kläger auf, diesen Beweis zu erbringen. Im nächsten Termin stellt er zwölf Zeugen. Sie sagen aus: wir wissen, dass der königliche Hof mit den Besitzungen des Rapertus investiert worden ist, und dass Austrualda sie im Dienst des Hofes bewirthschaftet hat,

et quod hoc scimus sunt annos quinque et amplius.

Was aber die Zeugen nicht sagten, das war, dass der Hof jene Besitzungen auch während der fünf Jahre zu Recht besessen habe [3]).

---

[1]) Muratori Ant. I c. 973. Brunetti II 1 p. 358 n. 76. Lami II p. 1179.

[2]) Storia del diritto italiano IV p. 171.

[3]) Nur so geben meiner Ansicht nach folgende Worte einen Sinn: *sed*

Darauf werden sie vereidigt und der Zeugenführer beschwört (nach langobardischem Brauch) die Richtigkeit ihrer Aussage.

Nun ergeht ein Urtheil:

> *proinde nobis . . recte paruit, ideo iudicavimus et fecimus exinde pars curtis Regis investire, ita ut post revestitura adhuc exinde iudicium haberent.*

Das heisst, es wird dem Kläger durch Urtheil die *investitura salva querela* ertheilt, ein Verfahren, das wir in unzähligen italienischen Urkunden antreffen[1]; es wird dem Beklagten dadurch die Möglichkeit offengehalten, sein Recht durch eine neue Klage zu verfolgen. Die *investitura salva querela* findet hier allerdings, und das ist das Auffallende, nicht wie sonst immer im Ungehorsamsverfahren, gegen den nicht erschienenen Gegner, sondern gegen den anwesenden Beklagten statt.

In der That beanspruchen nunmehr in einem neuen Termin die Vertreter des Klosters vom Vertreter des Fiskus Herausgabe der Kirche und zwar, indem sie wiederum dieselben Urknnden vorlegen. Dem erwidert Gisilari, er habe sein Recht bereits im vorigen Termin bewiesen. Weil es sich aber jetzt um ein neues Verfahren handelt, so wird er vom Gericht gefragt (denn er als Beklagter ist jetzt am Beweis), ob er mit Urkunden oder Zeugen beweisen könne, dass der frühere Eigen-

---

quia non dixerunt ipsi testes, quod casa et res ipsa pars domni Regis per quinque annos possedisset, et qualiter ipsi testibus dixerunt post sacramentum firmaverunt testimonium suum.

Wenn man nicht diese Worte gänzlich frei übersetzen will, so kann m. A. nicht mit Pertile erklärt werden, die Zeugen hätten zwar den Besitz, aber nicht eine zur Usukapion genügende Zeitdauer bekundet. Die Zeugen sagen: was wir wissen, der Akt der Investitur, *sunt annos quinque* (d. h. ist vor 5 Jahren erfolgt); was sie nicht sagen, ist *quod quinque annos possedissent.* Das kann ich nur, wie im Text angegeben, verstehen. Übrigens wäre auch 5 Jahre eine gar nicht mehr in Betracht kommende Verjährungszeit; denn das Gesetz Rotharis (R. 228), das allerdings 5 Jahre erforderte, war durch die in den Gesetzen Grimoalds, Aistulphs und Liutprands eingeführte neue Verjährungszeit von 30 Jahren ersetzt.

Doch die entscheidende Frage, warum der Zeugenbeweis gegenüber den Urkunden überhaupt zur vorläufigen Revestitur führen konnte, wird dadurch überhaupt nicht berührt.

[1]) Vgl. Ficker Forschungen I S. 32.

thümer die Kirche dem Fiskus rechtsgültig übertragen habe, oder ob Rapertus nicht in der Lage gewesen sei, über die Kirche zu Gunsten des Klosters zu verfügen.

Auffallenderweise erklärt nun Gisilari, dass er in keiner Weise einen solchen Beweis zn erbringen im Stande sei, worauf das Urtheil zu Gunsten des Klosters ergeht.

Der Ausgang des Rechtsstreites scheint mir im höchsten Maasse merkwürdig und überraschend. Man kann vielleicht annehmen, dass Rapertus seine Besitzungen erst dem Kloster tradiert und dann später eine (also rechtlich ungültige) Investitur an den königlichen Hof vollzogen habe. In Folge dessen konnten die Zeugen des Gisilari zwar eine vor 5 Jahren stattgehabte Investitur bekunden; dieses Zeugniss aber verlor seine Bedeutung, wenn die Klosterleute durch ihre Urkunden die Unrechtmässigkeit der Investitur nachwiesen. Dann bleibt doch aber sonderbar, dass es trotzdem dem Gisilari gelang, auf Grund von, wie sich später herausstellt, unrechtlichen Zeugenaussagen, dem Abt, auch nur vorläufig, den Besitz zu entziehen. Denn die Urkunden sind ja schon im ersten Termin verlesen worden; wie kam das Gericht dazu, trotz ihrer dem Vertreter des Fiskus die Vortheile der Beklagtenrolle zu gewähren, eine vorläufige Revestitur an ihn zu veranlassen, obwohl offenbar nicht er, sondern das Kloster sich im thatsächlichen Besitz befand?

Ich weiss für diese Fragen keine bestimmte Erklärung zu finden. Möglich wäre es, dass vielleicht ein Vorrecht des Fiskus zu dem vorliegenden Verfahren den Anlass gegeben hat. Wie in dem Cap. leg. add. a. 818/819 c. 20[1]) bestimmt wird, darf fiskalischer Besitz, der von einem Dritten eingeklagt wird, diesem nur auf Grnnd eines königlichen Befehls übergeben werden. Vielleicht nun hatte sich das Kloster, materiell im vollen Rechte, in den Besitz jener durch eine unrechtmässige Besitzübertragung an den Fiskus gefallenen Gegenstände gesetzt, ohne, wie es jenes Privileg erforderte, sich vom König Investitur ertheilen zu lassen. So konnte der Fiskus wegen eines Formfehlers Klage erheben, und musste ihm wegen dieses Privilegs die Investitur ertheilt werden. Erst dann kommt zur

---

[1]) Boretius I p. 285. Herr Geheimrath Brunner war so freundlich, mich auf diese Stelle aufmerksam zu machen.

Verhandlung nnd Entscheidung, ob überhaupt im vorliegenden Fall von jenem Priveleg die Rede sein könne.

Jedenfalls aber ergiebt sich, dass dieses Beispiel eine ganz besondere Sachlage betrifft, so dass man es nicht ohne Weiteres verallgemeinern kann. Und es kommt ein weiterer Umstand hinzu, der zur Vorsicht mahnt: es scheint in diesem Prozess, wie in mauchen anderen italienischen Urkunden, sich nicht um rein deutsches Verfahren zu handeln; besonders die Klageformuliernng lässt römischrechtliche Einwirkung erkennen: es wird, ganz gegen die Regel, hier nicht vom Unrecht des Beklagten, sondern vom klägerischen Recht ausgegangen. So wäre also leicht denkbar, dass auch in den übrigen Stadien des Verfahrens Abweichungen vom gewöhnlichen Gang vorgekommen wären, wenu anders jene obige Erklärung zu seiner Rechtfertigung nicht ausreichen sollte.

Auch Hensler kann dieser einen Urkunde, die man ja, wie zuzugeben ist, allenfalls mit seiner Annahme in Einklang bringen kann, kein weiteres Beweismittel znr Seite stellen; auch mir ist kein irgendwie ähnlicher Fall sonst begegnet.

Es ist das einzige derartige Beispiel, das ich kenne; nnd ich glaube, man wird ihm wegen seiner Absonderlichkeit nicht allzu viel Gewicht beilegen und ein possessorisches Beweisverfahren bei zweifelhaftem Besitzstaud nur als sehr seltene Ansnahme ansehen dürfen.

Wenn in einer cavenser Urknnde[1]), auf die man vielleicht hinweisen könnte, der Richter und die Parteien sich nach der Klageerhebung auf die streitigen Besitzungen begeben und dort, nachdem die Beklagten durch ihre Urkunden ihren Besitz nachgewiesen haben, wie es heisst „erkannt wurde, dass nach den Urknnden und nach dem Recht jene Besitzungen den Beklagten gehörten", so liegt auch hierin gewiss nichts vor, was zur Annahme eines vorbereitenden Possessoriums Anlass gäbe.

Heusler stellt den Fällen zweifelhaften Besitzstandes, in denen nur eine Partei Ausübung des Besitzes nachweisen kann, die gegenüber, in denen beide Nutzungen aufweisen: dann habe der ältere Besitz entschieden. Jedoch er selbst giebt zn, dass hier eine Trennung der Besitz- von der Rechtsfrage nicht

[1]) Cod. Cav. I p. 268 n. 209 (960).

stattgefunden habe, gleichwohl aber die Besitzfrage als solche erörtert worden sei; er führt als Beispiele eine Stelle der Lex Baiuwariorum (17, 2) und eine bairische Urkunde von 855 [1]) an. Die Behauptung der einen Partei, länger im Besitz sich zu befinden, als der Gegner, wird keineswegs zu dem Zweck gemacht, um eine Regelung des Besitzstandes herbeizuführen, sondern sie ist eine Anwendung der nachher zu erörternden allgemeinen Beweisregeln, dass jede Partei, will sie zum Beweise kommen, eine erheblichere Behauptung als der Gegner aufstellen muss.

Jene Stelle des bairischen Volksrechts ist m. E. so zu verstehen, dass der Kläger wegen *invasio* Klage erhebt, und zwar liege *invasio* vor, weil er in der bis dahin von ihm geübten Nutzniessung gestört worden sei. Der Beklagte leugnet; dem in der Klage liegenden Vorwurf des *malo ordine* gegenüber beruft er sich auf längeren Besitz, auf noch frühere Benutzung; diese Entgegnung soll er mit sechs Eidhelfern beschwören. Aber diesen Eid kann der Kläger dem Beklagten verlegen, indem er nun seinerseits die Behauptung des Beklagten überbietet, und zwar dadurch, dass er mit Zeugen ununterbrochenen Besitz zu beweisen sich anheischig macht. Dann bleibt dem Beklagten nichts übrig, als nachher wegen Meineids eine kampfbedürftige Klage zu erheben. Wir sehen also: beide Parteien haben Nutzungen gezogen; eine erhebt Klage wegen *invasio;* es ist aber keine Rede davon, dass durch ein Possessorium festgestellt würde, welche jetzt als die im Besitze befindliche anzusehen sei.

Und ebenso wenig ist das in der bairischen Urkunde von 855 der Fall, in der es sich um einen zu Aibling vor einem Königsboten Ludwigs des Frommen zwischen den Bischöfen von Freising und Trient um Weinberge zu Bozen geführten Streit handelt. In diese, die der Freisinger Kirche gehörten, war der Bischof von Trient widerrechtlich eingedrungen. Es wird in der eigenthümlich gefassten Urkunde berichtet, dass der König Befehl gegeben habe, die Frage zu untersuchen,

qui vestituram prius haberet.

Und zwar wird der Auftrag im Näheren dahin ertheilt und

[1]) Nr. 347. Meich. I 2 p. 350 n. 702.

von der anwesenden Versammlung zum Beweisbeschluss erhoben, dass durch Zeugenbeweis festgestellt werden solle, ob die Weinberge dreissig Jahre hindurch in der Herrschaft der Freisinger Marienkirche gestanden hätten. Würde das bewiesen, so sollte es bleiben, wie es ist *(nunquam mutaretur)*; andernfalls sollten sie an die Trienter Kirche zurückfallen. Der Königsbote nimmt nun den Inquisitionsbeweis vor, der zu Gunsten der Freisinger Kirche ausfällt, worauf dieser der Besitz für alle Zeiten bestätigt wird[1]).

Die Urkunde ist in ihrer Form wie hervorgehoben eigenartig und von den sonstigen bairischen Gerichtsurkunden verschieden, besonders dadurch, dass sie mehr eine historische Darstellung des ganzen Herganges, als einen Bericht über das vor Gericht Vorgefallene giebt. Ich sehe aber keinen zwingenden Grund, in ihr ein possessorisches Verfahren zu erblicken, in dem es den Parteien darauf angekommen wäre, zunächst Zutheilung der Gewere zu erlangen. Meiner Ansicht nach handelt es sich vielmehr auch hier, wie in vielen anderen Fällen, einfach und allein um den Rechtspunkt. Der Freisinger Bischof klagt wider den Trienter wegen widerrechtlicher *invasio*, und da er dem wahrscheinlich nur schlechtweg sein Recht behauptenden Beklagten gegenüber sich auf langjährigen Besitz beruft, wird diese Frage zum Beweise gestellt. Möglich ist allerdings auch, dass beide Parteien bei schlichter Rechtsbehauptung beharrten und nun (es handelt sich um ein Verfahren vor König und Königsboten) von Amtswegen die allein in Betracht kommende Frage, die Dauer des Besitzes, geprüft wird. Jedenfalls ist nirgends gesagt, dass ein Zweifel darüber bestanden hätte, wer weiterhin die Rolle des Klägers und Beklagten führen sollte, denn das verstand sich bei dem Vorwurf *invasionem fecit iniuste* von selbst.

Also: in den Quellen der fränkischen Zeit findet sich nicht, dass, wenn beide Parteien Ausübung des Besitzes behaupteten, durch ein possessorisches Verfahren die Parteirollen festgestellt worden seien; wir müssen annehmen, dass die Initiative der

---

[1]) Über denselben Fall ist bei Meich. I 2 p. 351 n. 703 noch ein zweiter, formell abweichender Bericht vorhanden.

Klage, die dann allerdings anch über die Beweisvertheilung entschied, dem freien Ermessen überlassen blieb.

Ein Fall endlich, in dem gewiss sehr leicht der Besitzstand zweifelhaft sein konnte, war der, dass zwischen zwei Nachbarn die Grenze streitig geworden war, und jeder behauptete, das streitige Grenzstück gehöre ihm; es konnte nicht ohne Weiteres klar sein, welcher von beiden sich in der thatsächlichen Ansübung des Besitzes befand, und also auch hier die Frage entstehen: wer soll Kläger, wer soll Beklagter sein? Stand es hier vielleicht anders?

Wenn Heusler[1]) sagt, dass auch in solchem Fall, „bevor die Rechtsfrage zur Verhandlung kommt, die Parteirolle zur Lösung der Zweifel über den Besitzstand festgestellt nnd die Gewere der einen Partei zugetheilt“ werden muss, so werden wir natürlich ohne Weiteres zugeben, dass zur Zeit der Rechtsbücher, von der Heusler an der angeführten Stelle, wenn nicht lediglich, doch in erster Linie spricht, ein solcher Satz als bindende rechtliche Vorschrift bestand.

Dass es auch schon in der fränkischen Zeit der Fall war, dafür lassen sich nrkuudliche Beispiele nicht anführen.

Anch eine bekannte Stelle der Lex Alamannorum[2]) würde man schwerlich als Beweis verwenden können.

Sie handelt über den Streit, den zwei Sippen über streitiges Grenzland *(de termino terrae eorum)* führen. Sie sollen beide an Ort und Stelle durch Anfrichtung von *signa* angeben, wo nach ihrer Behauptung die Grenze zu laufen habe, und so mit dem Gericht das Grundstück, wie sie es beansprnchen, nmgehen. Dann wird in rechtsförmlicher, alterthümlicher Weise eine Scholle aus dem streitigen Stück Land gehoben und dem Grafen übergeben, der sie seinerseits in die Hände eines Treuhänders legt. Und daranf entscheidet zwischen den Streitenden der Zweikampf.

Auch dies Verfahren kann man nicht ein possessorisches nennen; denn es muss eben unentschieden gelassen werden, welche der Parteien als im Besitz befindlich anzusehen ist, und desshalb wird die Entscheidung durch Kampf herbeigeführt.

[1]) Institutionen II S. 45.

[2]) Lex Alam. 81.

In den Urknnden begegnen uns selten Fälle, in denen wie in der eben besprochenen Gesetzesstelle lediglich der Lauf der Grenzen streitig ist, und aus diesem Grunde eine gerichtliche Entscheidung über das je nach den verschiedenen Parteibehauptungen verschiedene Rechtsverhältniss gesucht wird.

Die weit zahlreicheren Prozesse, in denen darum geklagt wird, dass der Gegner die Grenzen widerrechtlich verletzt habe, gewaltsam eingebrochen sei, Grenzsteine verrückt habe u. s. w., gehören natürlich nicht hierher; in ihnen handelt es sich um eine wegen eiufacher Besitzstörung erhobene Klage [1]).

Als Grenzprozesse in dem hervorgehobenen Sinn können die folgenden beiden Urkunden beispielsweise angeführt werden.

Im Jahre 836 erhebt in einem bei Narbonne abgehaltenen missatischen Gericht [2]) der Abt von Cauquens wider Trasoarius und Teuderedus Klage um Ländereien und Weinberge,

qui infra termines sunt de villa Maximiniano,

und diese Villa gehöre zum Kloster. Darauf lautet die Klagebeantwortung:

> *ipsas terras et vinea et ecclesia non sunt infra termines de villas Maximiano;*

es werden vielmehr andere Grenzen genannt.

Darauf legen die Kläger ein Urtheil vor, durch welches dem Kloster das streitige Gebiet bereits früher zugesprochen worden ist. Eine Gerichtsdeputation nimmt eine Besichtigung an Ort nnd Stelle vor; im nächsten Termin stellen Kläger Zeugen, welche den in der Klage behaupteten Lauf der Grenzen beschwören, woranf die Beklagten zur Revestitur verurtheilt werden.

Also nichts von Feststellung des Besitzstandes; denn die Besichtigung an Ort und Stelle findet, wie häufig so auch hier, zur näheren Information des Gerichts nnd überhaupt zur Aufklärung der Sache statt, nicht zu dem Zweck, eine Regelung der Parteirollen vorzunehmen.

---

[1]) Hierher gehören z. B. Nr. 269. Vaissete II c. 177 n. 80, Marca Hisp. c. 769 n. 5 (832); Nr. 236. Meich. I 2 p. 248 n. 471 (822); Troya IV p. 260 n. 610, Muratori Ant. I c. 517 (747); R. di Farfa III p. 165 n. 453 (1004).

[2]) Nr. 287. Vaissete II c. 194 n. 90.

Ganz ähnlich ist das Verfahren in dem Grenzstreit zwischen den Städten Piacenza und Parma, der im Jahre 673 vor König Pertharitus zu Pavia verhandelt wird[1]. Auch hier ergeht, nachdem der König einen Missus mit der Lokalbesichtigung beauftragt hat, ein definitives, das Recht der Stadt Piacenza auf Grund einer von ihr vorgelegten Gerichtsurkunde feststellendes Erkenntniss.

Auch in diesem Falle sehen wir keine Spur eines Possessoriums.

Der Schluss also, den wir aus dem Gesagten ziehen müssen, geht dahin, dass auch in Grenzprozessen der fränkischen Zeit ein nur zum Zweck der Feststellung des Besitzstandes dienendes possessorisches Verfahren unbekannt war.

Ja gerade Vorschriften wie die besprochene des alamannischen Volksrechtes zeigen uns, wie weit entfernt man von dem Bedürfniss war, durch eine den thatsächlichen Verhältnissen entsprechende Vertheilung der Parteirollen auf den Gang des Verfahrens einzuwirken.

Trotz der formalen Strenge des Rechtsgangs, trotzdem also auch die Reihenfolge der Parteibehauptungen von grosser Bedeutung werden konnte, hielt man eine vorläufige Regelung der Besitzfrage noch nicht für nöthig; man behandelte den gewaltsamen Besitzstörer, den Dejicienten, nicht anders wie den seit langer Zeit in ruhigem Besitz befindlichen, der durch grundlose Ansprüche aus seinem Recht gedrängt werden sollte; man behandelte Fälle, in denen ein feiner entwickeltes Recht zunächst Regelung des zweifelhaften Besitzstandes verlangt, nicht anders als Fälle unzweifelhafter Gewaltsamkeit, in denen die Rolle des Klägers von vornherein feststand.

Der Immobiliarprozess der fränkischen Zeit kannte noch kein possessorisches Verfahren.

3. Feststellungsklagen.

Allen bisherigen Ausführungen lagen Fälle zu Grunde, in denen wider den nicht berechtigten Besitzer Klage erhoben wurde.

---

[1] Troya II p. 533 n. 340. Campi Piacenza I p. 177. Affò Parma I p. 280 n. 5.

Der Inhalt der Klage war also stets das auf Herausgabe des widerrechtlichen Besitzes gerichtete Verlangen.

Es kommen nun aber auch, freilich verhältnissmässig selten, Fälle vor, in denen der Inhalt der Klage ein anderer und damit auch das Verhältniss der Parteien zu einander ein anderes ist.

Es wird nicht wider den nicht berechtigten Besitzer auf Herausgabe des von ihm widerrechtlich zurückbehaltenen Grundstücks geklagt, sondern der im Besitz befindliche Eigenthümer verlangt von einem Dritten, dass er Ansprüche, die dieser erheben will, aufgebe und sein, des Klägers, Recht anerkenne. Der Kläger führt auf diese Weise eine gerichtliche Bestätigung seines Rechtes herbei.

Hierher kann man wohl Beispiele wie die folgenden ziehen.

Eine septimanische Urkunde von 802 [1]) enthält ein vom Beklagten nach Beendigung des Rechtsstreits ausgestelltes Anerkenntniss, dass der Abt von Caunes ihm, dem Beklagten, ein Grundstück als Benefizium verliehen habe, dass aber er, der Beklagte, die zu leistenden Abgaben nicht erfüllt, vielmehr den Kläger in widerrechtlicher Weise zu schädigen versucht habe. Hieraus ist zu entnehmen, dass der Abt auf „Anerkennung des Grundeigenthums und Leistung des Zinses" [2]) geklagt habe, nicht etwa mit *malo ordine possides* auf Herausgabe des Grundstücks; denn er wollte nicht das Grundstück dem Beklagten nehmen, sondern ihn unter Belassung auf demselben nur zur Erfüllung seiner Pflichten zwingen.

Ganz ebenso erkennen 826 gleichfalls vor dem Abt von Caunes mehrere Leute an, Benefizien des Klosters zu besitzen [3]); und solche Fälle finden sich auch sonst häufig.

Nah verwandt ist ein anderes septimanisches Beispiel [4]). Der Mandatarius des vorsitzenden Grafen Salomon erhebt Klage wider den Vertreter des Andreasklosters um fiskalische Benefizien. Die Beklagten behaupten, die Besitzungen durch Tradition seitens Dritter erhalten zu haben, und sind auch im

---

[1]) Nr. 164. Vaissete II c. 64 n. 15.

[2]) So Sohm Fr. R u. GV S. 315 Anm. 21.

[3]) Vaissete II p. 163 n. 72.

[4]) Nr. 373. Vaissete II c. 346 n. 169. Th p. 143 n. 101 (868).

Stande, ihr freies Eigenthum zn beweisen. Anstatt dass also die Beklagten die vom Kläger verlangte Anerkennung leisten, muss er vielmehr durch Exvacuatio anerkennen, nicht beweisen zu können,

ut beneficius debeat esse.

Anders dagegen verhält es sich in einer burgundischen Urkunde[1]). Zu Dijon klagt im Jahre 870 der Abt der Benignuskirche wider drei Hörige der Kirche um Güter in der *villa Ischiriaco*, die der Vater der Beklagten als Benefizium der Kirche besessen habe, die aber von den Beklagten ohne Berechtignng als freies Eigen *(alodum in propriis usibus)* beansprucht würden. Nachdem durch Zeugen die Behauptnngen des Klägers erwiesen sind und eine von den Beklagten vorgebrachte Urkunde sich als falsch herausgestellt hat, erkennen diese die Aussagen der Zengen als richtig an und werden verurtheilt,

ut res secundum legem redderent supradictas,

was sie dann anch thnn;

cum festuca se in omnibus exutos dixerunt et per vuadium . . . reddiderunt.

Darans erhellt, dass die Klage auf Herausgabe, nicht auf Anerkennung ging[2]).

Es kann ferner hier auf folgende italienische Urkunden aufmerksam gemacht werden.

Zu Spoleto klagt im Jahre 814 der Abt von Farfa wider Rnmuald und seinen Sohn Herfuald, die sich bei einer Strafe von 60 Silberpfunden verpflichtet haben, eine von Leo, dem Schwiegervater des Herfuald, dem Kloster gemachte Tradition nicht anzufechten, die aber nunmehr doch das Recht des Klosters bestreiten:

sed modo contradicunt ipsas res et non permittunt ipsum monasterium habere secundum suam obligationem.

Die Beklagten leugnen dies allerdings; schliesslich verzichtet das Kloster auf die Busse und verlangt nur,

---

[1]) Nr. 381. Pérard p. 150. Th p. 147 n. 103.

[2]) Man kann vielleicht auch als hierher gehöriges Beispiel eine Formel von Angers (Nr 14. Form. Andec. n. 30, MGF p. 14) anführen, in welcher wohl die Klage dahin geht, dass Beklagter das bestehende Vertragsverhältniss einer *colonia partiaria* anerkenne.

> *habere res ipsas, quas ad partem monasterii ipse Leo tradidit;*

also es verlangt Anerkennung seines Besitzes, nicht etwa Rückgabe[1]).

Zu Rom erhebt im Jahre 942 der Abt von Subiaco wider vier Bewohner von Tivoli Klage:

> *inquietant nos et contendant, ut habeamus illorum proprietatem*[2]).

Deutlicher kann nicht gesagt werden, dass es die besitzenden Eigenthümer sind, die Anerkennung ihres Rechts verlangen. Die Beklagten müssen schliesslich verzichten.

Nicht hierher gehört eine sehr eigenthümliche Urkunde über einen im Jahre 870 zu Vienne verhandelten Rechtsstreit[3]); es handelt sich in ihr um einen Beweistermin: ein gewisser Salomon hatte als Vertreter seiner Frau wider eine Frau Benedicta geklagt und zwar um Grundstücke, die letztere seiner Frau laut vorgelegter Urkunde geschenkt hatte. Die beklagte Benedicta hatte die Urkunde gescholten und durchbohrt. Der Kläger ist nun bereit, durch Schwur oder Kampf jene Urkunde zu erhärten; die Beklagte aber erkennt sie an und gelobt Revestitur. Man sieht daraus, dass die Beklagte im Besitz war, dass daher die Klage von vornherein auf Herausgabe gerichtet war; man kann also nicht behaupten, dass das Verlangen nach einem Anerkenntniss der fraglichen Urkunde und damit des klägerischen Rechts der Inhalt der Klage gewesen wäre.

Eine wirkliche Feststellungsklage liegt aber in einer farfenser Urkunde von 750 vor[4]). Zu Spoleto im Gericht des Herzogs Lupo trägt der Kläger, der Priester Claudianus, vor, er habe vor 30 Jahren mit seinen Brüdern sich auseinandergesetzt und mit dem ihm zugefallenen Vermögen ein Kloster der Jungfrau Maria und des Erzengels Michael erbaut. Als er dann in schwere Krankheit verfallen sei und den Tod er-

---

[1]) R. di Farfa II p. 168 n. 207. Muratori Scriptores II^b c. 361.

[2]) Regesto Sublacense p. 202 n. 155.

[3]) Nr. 382. Chart. de Cluny I p. 18 n. 15. Th p. 145 n. 102.

[4]) R. di Farfa II p. 37 n. 25. Troya IV p. 371 n. 641. Muratori Scriptores II^b c. 341.

wartete, habe er durch einen Schenkungsbrief all seinen Besitz und jenes Kloster in der Form einer *donatio post obitum* dem Kloster von Farfa übertragen. Nun aber sei er durch Gottes Barmherzigkeit wieder gesund geworden; er wolle aber jetzt selbst mit allem seinem Vermögen in das Kloster Farfa eintreten und dort als Mönch sein Leben beschliessen. Daranf aber erwidern sein anwesender Bruder und die anderen Verwandten, dazu habe Claudianus kein Recht; in jenem Theilungsvertrage sei vielmehr bestimmt worden, dass von ihnen gemeinsam jenes Kloster erbaut werden solle und zwar so, dass es nach dem Tode des Claudianus in ihre, der Verwandten, Hände zurückzufallen habe. Beide Parteien berufen sich auf Urkunden; die der Beklagten wird als eine Fälschung erkannt und daher Claudianus zum Eid zugelassen. Wir sehen also, dass der schlichte Vortrag des Claudianus, der scheinbar nur eine Erzählung ohne prozessualischen Zweck ist, den Klageantrag enthält, seine Verwandten sollten sein freies Verfügungsrecht über das Marien- und Michaelskloster anerkennen.

Ja wir finden sogar hin und wieder den Ausdruck gebraucht, der Beklagte habe dadurch, dass er das Recht des Klägers schmähte *(calumniare)*, Anlass zur Klage gegeben, wesshalb beantragt wird, das klägerische Recht feststellen zu lassen. So heisst es in einem Placitum Karls des Grossen von 772 [1]), der Abt von Lorsch habe dem König mitgetheilt,

> *quod homo aliquis, nomine Heimericus, de ipso monasterio calumnias generare voluisset, dum diceret, quod suus pater Cancor eum de ipso monasterio vestitum dimisisset.*

Offenbar hat sich Heimericus Besitzstörungen zu Schulden kommen lassen und dadurch den Abt so lange belästigt, bis dieser ihn durch den klaren Nachweis seines Rechts im Königsgericht zur Ruhe zwingt: der Beklagte muss durch Professio das Recht des Klägers anerkennen und zur grösseren Sicherheit die symbolische Auflassungshandlung (*per festucam se exitum dicere*) vornehmen.

Sicherlich kann eine burgundische Urkunde von 898 [2]) hier

---

[1]) Nr. 84. Mühlb. 141.

[2]) Nr. 449. Baluze hist. Tutelensis libri tres p. 348.

angeführt werden, in der es heisst, Norbertus und seine Frau Bertlindis besässen, wie alle wüssten, einen Mansus in der Villa Vertlac,

quem calumniabat eis Gaucelmus;

und dieser, der also offenbar nicht im Besitz war, benahm sich gegen sie so böse *(male in tantum)*, dass sie zu prozessieren beschlossen. Nun wird ihnen durch Urtheil ihr Recht bestätigt.

In diesem Zusammenhang darf fernerhin wohl auch auf solche Klagen hingewiesen werden, in denen vom Beklagten eine Leistung verlangt wird, zu der er aus dem zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Vertragsverhältniss verpflichtet sei. Denn auch hier wird dem Beklagten nicht etwa der Besitz als solcher zum Vorwurf gemacht; im Gegentheil, dem Kläger liegt möglicherweise gar nichts daran, ihn in seine Hand zurückzubekommen; sondern was verlangt wird, ist im eigentlichen Sinn nichts als eine Anerkennung des klägerischen Rechts, nur dass diese nicht in abstrakter Weise erfolgen, sondern sich in praktischer Bethätigung äussern soll, nämlich dadurch, dass der Beklagte die ihm dem Kläger gegenüber obliegenden, an den Besitz des Grundstücks gebundenen Pflichten erfüllt. Unter diesem Gesichtspunkte können diese Klagen beim Immobiliarprozess erwähnt werden, zu denen besonders die nicht seltenen Fälle gehören, in welchen Zahlung rückständiger Abgaben, Leistung verweigerter Dienste verlangt wird.

Ja selbst, wenn z. B. in einer bairischen Urkunde Schadensersatz wegen nicht erfolgter Firmatio (der Beklagte hatte einen Ort an die Kirche geschenkt, ohne über ihn verfügen zu können, und ihn daher einem Dritten überlassen müssen)[1]; wenn in einer Fuldaer Urkunde[2] die Kläger Antheil an dem von den Mitgliedern einer Rodungsgenossenschaft vorher verkauften Neubruch und entsprechende Entschädigung verlangen; oder wenn das Ambrosiuskloster zu Mailand 844 im Gericht der Königsboten verlangt, dass der Beklagte, der das gegen ihn ergangene Urtheil zu erfüllen sich weigert, dies nunmehr thue[3]:

[1]) Nr. 260. Meich. I 2 p. 278 n. 530 (828). Näheres über die Firmatio unten.

[2]) Nr. 259. Dronke C. d. Fuld. p. 207 n. 471. L Sch p. 35 n. 53. Th p 82 n. 69 (827).

[3]) Cod. Lang. c. 265 n. 154. Fumagalli p. 240. Muratori Ant. I c. 467.

so kann man auch hier sagen, dass die Klage praktische Anerkennung des klägerischen Rechts bezweckt und sich dadurch von den allgemeinen Immobiliarklagen unterschieden habe, dass nicht der unrechtmässige Besitz als solcher die Grundlage und seine Herausgabe der Zweck der Klage war, wenn auch, wie in der letztgenannten mailänder Urkunde, die Herausgabe des Guts sich als nothwendige Folge jenes Anerkenntnisses ergab.

4. Scheinprozesse.

Anhangsweise sind hier die sogenannten Scheinprozesse zu erwähnen, deren Bedeutung besonders durch die Untersuchungen Brunners[1]) nach allen Seiten als festgestellt zu erachten ist.

Es sind dies Klagen, durch welche derselbe Zweck wie in den eben besprochenen Fällen erreicht werden soll, nämlich eine Anerkennung des klägerischen Rechts. Während aber in den letzteren das klägerische Recht wirklich bestritten wurde, war das in jenen Fällen gar nicht der Fall. Trotzdem wurde Klage erhoben und ein regelrechter mit Urtheil abschliessender Prozess aufgeführt; und zwar lediglich aus dem Grunde, um durch das gerichtliche Erkenntniss eine besonders wirksame Rechtsbestätigung zu erlangen, die zumal dann von grösstem Werthe war, wenn das Verfahren vor dem Königsgericht stattfand; denn dann erhielt der Kläger eine unanfechtbare Königsurkunde. Weil also der Beklagte gar nicht das Recht des Klägers verletzt oder streitig macht, so wird die Klage regelmässig mit Auslassung der sonst charakteristischen Worte *malo ordine* erhoben. Derartige Scheinprozesse begegnen uns bekanntlich bereits in mehreren merovingischen Königsplacitis; in ihnen allen tritt das eben charakterisierte Wesen klar zu Tage. Nur in einem einzigen Fall[2]) erfolgt von Seiten des Beklagten ausser der Anerkennung auch eine symbolische Auf-

---

[1]) Namentlich Gerichtszeugniss S. 157, Rechtsgeschichte der Urkunde I S. 292. Auch z. B. Sohm Fränk. Recht und Röm. Recht S. 39 Anm. 53. Die Erklärung Henslers (Gewere S. 29), der in vielen Fällen die Klage als einen auf Ausführung der Traditio gerichteten Antrag auffasst, erscheint weniger geeignet, das allgemeine Prinzip zur Anschauung zu bringen.

[2]) Nr. 52. DDM p. 64 n. 73.

lassnng dnrch *exitum dicere per festucam*; die Sache liegt also hier ähnlich wie in dem oben[1]) erwähnten Placitum Karls des Grossen. Es ist bezeichnend, dass hier sowohl wie in dem Placitum Karls des Grossen die vom Beklagten vorgenommene symbolische Handlung nur in dem *se exitum dicere*, der Verzichtserklärung, besteht, ohne dass damit die sonst übliche positive Traditions- oder Investiturhandlung, die Überreichnng der Erdscholle oder der *festuca* oder einer *carta*, verbunden wäre. Darin scheint ansgedrückt zu sein, dass eben der Beklagte nichts zu übertragen hatte, dass man ihn nur einen Verzicht aussprechen liess, der immerhin auf die Erhebung künftiger Ansprüche bezogen werden konnte. Im charakteristischen Gegensatze hierzu fanden wir in der oben besprochenen bairischen Urkunde von 818[2]) sowohl symbolische Revestitur (durch Glockenseil) als anch Verzichtserklärung, denn in diesem Fall war der Beklagte in der That, wie wir annahmen, Besitzer.

Ausserhalb Italiens hat die Institntion des Scheinprozesses znnächst keine Weiterbildnng erfahren; sie verschwindet seit dem Beginn des 8. Jahrhnnderts vollständig und taucht dann erst wieder im 10. Jahrhundert, zumal in Westfrancien auf, freilich in gänzlich abgeblasster Form, falls man überhaupt die zahlreichen *werpitiones*, Verzichtserklärungen, wie sie z. B. in der Sammlung von Cluny begegnen, mit dem alten Scheinprozess in Verbindung setzen will.

Eine nm so wichtigere Rolle hat er bekanntlich in Italien gespielt, wo sich aus dem in ihm liegenden Keime eine zn allgemeiner Herrschaft gelangende Besitz- und Rechtsbestätigungs- und Anerkennungsform entwickelte, die sich dann auch mit der Festigung durch Ertheilung des Königs- oder Grafenbanns verband[3]).

Ansserhalb Italiens ist mir nur eine marseiller Urkunde von 780 aufgefallen[4]), in der ganz nach italienischer Weise die Rechte des Klägers vom Gericht bestätigt werden, nachdem anf dessen Anfrage, ob von anderer Seite irgendwelche Ansprüche erhoben würden, Niemand sich gemeldet hat.

---

[1]) Oben S. 69.
[2]) Oben S. 53 f.
[3]) Hierüber vgl. Ficker Forschungen I S. 37 ff.
[4]) Nr. 112. Cartulaire de St. Victor de Marseille p. 43 n. 31.

III. Die Klagebegründung.

1. Klageerhebnng ohne Klagebegründnng.

Ans den bereits oben angeführten Beispielen wissen wir, dass häufig genug die Klage nichts anderes enthielt als die Worte: *malo ordine possides terram illam.*

Eine Substanziierung der Klage war rechtlich nicht erforderlich; es genügte die Behauptung, dass der Beklagte sich rechtswidrig verhalte; dass er besass, nnd dass er *malo ordine* besass, diese Worte zwangen sowohl den Beklagten zur Antwort als das Gericht zu richterlicher Thätigkeit.

Die Klage war in dieser ihrer allgemeinsten typischen Form, wie man mit Recht gesagt hat, selbst schon ein Urtheil; da der Beklagte sich darauf beschränken konnte, ihr ein ebenso apodiktisches Urtheil entgegenznsetzen, so war die Aufgabe des Gerichts im Grunde die, dahin zn wirken, dass sich herausstellte, welches dieser beiden Urtheile das richtige sei.

So gering die Erfordernisse anch waren, die das Recht für die Fassnng der Klage stellte, jedenfalls wird doch zum mindesten eine jeden Zweifel ausschliessende Bezeichnung des Grundstückes, um dessentwillen Klage erhoben wurde, verlangt worden sein. Finden wir doch, wie weiter unten zu erwähnen sein wird, in Italien nicht selten vom Beklagten eingewendet, er wisse nicht, um welches Grundstück es sich handle, woranf dann stets, ehe weiter prozessiert wird, eine genaue Bezeichnung, häufig an Ort und Stelle, erfolgen muss.

Oft freilich wird zwischen den Parteien von vornherein hinreichende Gewissheit bestanden haben; dann genügte die kürzeste Bezeichnung, die möglich war.

Anderenfalls aber unterliess es der Kläger im eigenen Interesse nicht, einige nähere Angaben zu machen.

So findet man denn nicht selten, dass in der Klage eine genaue Beschreibung der Lage und der Grenzen der eingeklagten Grundstücke gegeben wird.

Z. B. enthält die Klage des Erzbischofs von Narbonne wider den Grafen Milo von Narbonne, die im Jahre 782 zu

Narbonne vor Königsboten verhandelt wird, eine genaue Aufzählung aller Villen, die die Kirche beansprucht[1]).

Ein weiteres anschauliches Beispiel aus Südfrankreich bietet eine Urkunde über einen 918 zu Alzonne geführten Prozess, in welchem der Vogt des vorsitzenden Vikars wider den Abt von Montolieu und sein Kloster Klage erhebt, weil sie

> *retinent vilare cuius vocabulum est Villa-Fedosi, quae alium nomen vocatur Elsau, cum terminis et limitibus et adiacentiis suis, qui est situs in territorio Ausonense in suburbio Carcassense. Fines vel adiacentias habet ipse iamdictus vilares:* — folgt eine genaue Beschreibung —; *de quantum in istas totas affrontationes abet ipse villare constructo cum terminibus, limitibus et adiacentiis suis, sic retinet ipse iamdictus abba iniuste et malum ordinem*[2]).

Im Jahre 955 wird zu Narbonne gegen das Kloster St. Pons-de-Mauchiens die *medietas de ipso alode* eingeklagt,

> *qui est in comitatu Narbonense in locum quem vocant Gonestar;*

hierauf folgt gleichfalls eine nähere Beschreibung[3]).

Die vom Grafen Nivelongus gegen Amelius zu Autun erhobene Klage bezeichnet als Klagegegenstand

> *illas res, quae sunt in pago Augustidunense in villa Balgiaco, quem Karolus Hildebranno beneficiaverat de villa Patriciaco*[4]).

In einer Urkunde aus Mâcon klagt Kläger um einen Weinberg:

> *dum diceret quod una vinea cum campo qui est in villa Boscido, qui habet fines et terminationes,*

worauf diese Grenzen genau angegeben werden[5]).

Ähnlich heisst es in der aus demselben Chartular stammenden Urkunde von 968—971, in welcher Bischof Ado von Mâcon wider die Frau Wandaltrate und ihre Verwandten Klage erhebt,

---

[1]) Nr. 116. Vaissete II c. 47 n. 5.

[2]) Nr. 487. Vaissete V c. 137 n. 43. Th p. 179 n. 123.

[3]) Nr. 534. Vaissete V c. 222 n. 98.

[4]) Nr. 316. Pérard p. 33 n. 13. Das Datum ist unsicher; in den Regesten ist das Jahr 843 angenommen, Sohm setzt die Urkunde in das Jahr 756 (Auflassung S. 92 Anm. 21).

[5]) Nr. 452. Cartulaire de Mâcon p. 169 n. 284 (888—898).

quod iniuste tenebant quamdam vineam s. Vincentii, que est sita in pago Matisconense, in agro Viviacense, in villa Causel, que est villa fratrum; terminat . . . ;

folgt eine genaue Grenzbeschreibung [1]).

Besonders anschaulich ist eine in den Jahren 941—960 zu Mâcon verhandelte Klage. Der Propst der dortigen Vincentiuskirche

contrapellavit tres homines cum uxoribus eorum, quod rebus s. Vincentii in villa Cavaniaco, hoc est vinea, que terminatur a mane terra Ingeltrudis, a medio die ad heredes Bernardi, a sero s. Stephani, a circio fossado finali et concisa [2]).

Also eine Lokalbeschreibung so genau, als sie die zwar nicht scharfe, aber sinnlich anschauliche Darstellungsweise jener Zeit nur liefern konnte, anschaulicher vielleicht und noch für eine späte Folgezeit lebendiger, als unsere heutigen Grundbuch- und Katasternummern.

Aus den cluniacenser Urkunden möge eine Verhandlung vom 20. August 960 angeführt werden: der Abt von Cluny spricht einen Mann an, der Güter des Klosters inne hat; die Lage, Begrenzung und Beschaffenheit der Güter wird genau angegeben; der Mann erkennt das Eigenthum des Klosters an [3]). Hier, wo es sich wahrscheinlich nicht um eigentlichen Rechtsstreit, als vielmehr um ein Anerkennungsverfahren handelt, mag die genaue Bezeichnung der fraglichen Gegenstände besonders am Platz gewesen sein; wir finden die gleiche Übung in den zahlreichen italienischen Urkunden späterer Zeit, die über derartige Anerkennungsakte aufgenommen worden sind.

Um einen wirklichen Rechtsstreit dagegen handelt es sich in einer Urkunde von 997: der *levita* Gyrfredus klagt

de uno prato, qui est situs in pago Cabilonense, in fine Balodrense, in villa Novientio, ubi in Prato Arleo vocat, quem Radulfus malo ordine contra illum contendit [4]).

---

[1]) Nr. 578. Cartulaire de Mâcon p. 216 n. 376.
[2]) Nr. 550. Cartulaire de Mâcon p. 121 n. 186.
[3]) Nr. 548. Chart. de Cluny II p. 180 n. 1087.
[4]) Nr. 605. Chart. de Cluny III p. 487 n. 2391.

Auch eine bretonische Urkunde von 869 kann hier angeführt werden; der Abt von Redon benennt als Klagegegenstand

> *insulam Ambon totum atque integrum et partem ex altera insula, quae vocatur Plaz, quam undique commanentes alio nomine Venezia appellant, cum silva et omnibus insuludis et adiacentibus, sicut vetus Visnonicum a parte Cornou terminat, usque ad Uldonem fluvium*[1]).

Für die ostfränkischen Gebiete sei nur kurz auf einige bairische Urkunden hingewiesen, in denen gleichfalls die beanspruchten Liegenschaften geographisch näher bezeichnet werden[2]).

Auch in Italien ist eine derartige Beschreibung nicht ungewöhnlich; ich erwähne beispielshalber eine farfensische Gerichtsurkunde von 801, in welcher der Kläger genau angiebt, welche Besitzungen des Klosters vom Beklagten widerrechtlich in Besitz genommen worden sind[3]).

2. Verstärkung der Klage.

a. Formell durch Voreid.

Das Recht verlangte, wie wir sahen, im allgemeinen nichts anderes als die nackte Klagebehauptung *malo ordine possides.*

Aber wenn auch nicht rechtlich gefordert, so war doch auch bei Immobiliarklagen eine Verstärkung der Klagebehauptung gestattet.

Eine solche Verstärkung der Klagebehauptung, und zwar eine Verstärkung formeller Art, war der Voreid[4]).

Der Voreid oder Widereid, wie er uns in der fränkischen Zeit noch entgegen tritt, ist nach Brunners Vermuthung ein Rest der in heidnischer Zeit wohl allgemein üblich gewesenen religiösen Klagebetheurung; der Voreid ist ein von der klagenden Partei dahin geschworener Eid, dass die Klage „nicht aus

---

[1]) Nr. 377. Cartulaire de Redon p. 192 n. 242.

[2]) Nr. 165. Meich. I 2 p. 90 n. 118 (802); 166. Meich. I 2 p. 87, 88, n. 115, 116 (802); 169. Graf Hundt XII p. 219 n. 13 (804).

[3]) R. di Farfa II p. 137 n. 165. Galletti Gabio p. 60. Ficker Forschungen IV p. 5 n. 4.

[4]) Vgl. über den Voreid jetzt Brunner RG II S. 348 ff.

Hass, Muthwillen oder Gewinnes halber", sondern auf Grund genügender Verdachtsgründe erhoben werde. Möglich, dass einst wie die Klagebetheurung, so auch der Voreid nur dann erlassen wurde, wenn sichtliche Verdachtsmomente vorlagen, dass er also im Zweifel vom Recht gefordert wurde; unsere Quellen kennen ihn nur noch in bestimmten Fällen. Und zwar wird er auch einige Male besonders bei Immobiliarprozessen erwähnt [1]); nämlich in den Volksrechten der Ribuarier und Sachsen.

Lex Rib. 67, 5:

> *Si quis pro hereditatem vel pro genuitatem certare coeperit post malo ordine cum 6 in ecclesia coniurata, cum 12 ad stafflo regis in circlo et in collore cum verborum contemplatione coniurare studeat.*

Diese Stelle ist mit Brunner dahin zu erklären: hat in einem Prozess um Erbe oder Freiheit der Kläger seinen Klagevorwurf, das *malo ordine tenere*, in der Kirche mit sechs Eidhelfern beschworen, also, um Brunners Ausdruck zu gebrauchen, mit „verstärktem Voreid" geklagt, dann soll der Beklagte auf diese Klage mit einem „gestabten und erschwerten Zwölfereid" antworten. Freilich wird nicht gesagt, ob jede Klage um Freiheit und Erbe einen solchen Voreid erforderlich machte; das Gesetz hat den Zweck, die Erfordernisse anzugeben, die der Beklagte erfüllen muss, wenn er auf eine mit Voreid erhobene Klage antworten will. Aus anderen Stellen muss man annehmen, dass der Voreid nach ribuarischem Recht überhaupt nicht und auch nicht für den Immobiliarprozess Erfordniss, sondern nur eine in das Belieben des Klägers gestellte Form der Klage war [2]).

Voreid bei Immobiliarklagen kennt wie gesagt ausserdem noch die Lex Saxonum. Dort heisst es c. 39:

> *Qui alteri dolose per sacramentum res proprias tollere vult, duobus aut tribus de eadem provincia idoneis testibus vincatur, et si plures fuerint melius est.*

---

[1]) Brunner stellt alle Zeugnisse über das Vorkommen des Voreides S. 343 zusammen; ich gehe hier nur auf die speziell den Immobiliarprozess betreffenden ein.

[2]) Wenn es Lex Rib. 59, 8 (worauf auch Brunner aufmerksam macht) heisst: *Si quis in iudicio interpellatus cartam per manibus habuerit, nulle ei male ordine vel invasio requeratur,* so ist hier kein Voreid bezeichnet.

Dass unter den *res propriae* auch Immobilien zu verstehen sind, leidet keinen Zweifel. Es handelt sich auch hier wahrscheinlich um eine mit *malo ordine possides* erhobene Klage: durch diese Klage will der Kläger dem Besitzer seine *res* entziehen. Und zwar erhebt er die Klage *per sacramentum*; d. h., wie Brunner es ausgesprochen hat, Klage mit Voreid. Der Beklagte kann dieser Klage einen Zeugeneid entgegensetzen; und, wenn dieser Zeugeneid geschworen wird, stellt sich heraus, dass der Voreid des Klägers ein falscher Eid war, dass er die Klage *dolose* erhoben hat.

Aber auch nach sächsischem Recht scheint der Voreid nicht mehr unbedingt erforderlich gewesen zu sein, denn aus Lex Saxonum c. 63 dürfte hervorgehen, dass eine Immobiliarklage auch ohne ihn erhoben werden konnte [1]).

Dieser geringen Rolle, die der Voreid in den Volksrechten spielt, entspricht das spärliche Vorkommen in den urkundlichen Beispielen.

Wenigstens ein sicheres liegt in einer burgundischen Urkunde von 868 vor [2]): der Beklagte entgegnet auf eine wegen Verwüstung eines Eichenwaldes erhobene Klage, dass der Kläger ihn *non iuste sed iniuste mallasset;* hierauf erbietet sich der Kläger zum Widereid *(widridum stipulavit).*

Zweifelhaft scheint es dagegen, ob man folgenden Fall hierher ziehen kann, der gleichfalls aus Burgund stammt. Im missatischen Gericht zu Tournus erhebt 814 Walaradus wider zwei Söhne um Güter im *pagus Vienensis* Klage, die laut der in seinen Händen befindlichen Urkunden sein Eigen seien; er verspricht, sein Recht auf sie zu beweisen:

> *festuca iectante se in omnibus legibus firmavit, sicut lex est, de removendis* [3]).

---

[1]) *Qui terram suam occupatam ab altero dixerit, adhibitis idoneis testibus probet eam suam fuisse.* Diese Zeugen sind natürlich nicht zum Voreid verwendete Eidhelfer; denn während die Eidhelfer beschwören, dass der Kläger nicht muthwillig klage, sagen die Zeugen über das materielle Rechtsverhältniss aus.

[2]) Nr. 370. Pérard p. 148 Th p. 140 n. 100 bis. Auch Brunner macht auf sie aufmerksam.

[3]) Nr. 202. Chart. de Cluny I p. 6 n. 3. Champollion-Figeac Documents historiques III p. 413 n. 6.

Eher scheint man an ein Versprechen denken zu sollen, im Fall des Unterliegens die gesetzlichen Folgen auf sich zu nehmen, wenngleich andere Beispiele aus fränkischen Urkunden für einen solchen Brauch mir nicht bekannt sind[1]).

b. Materiell durch Substanziierung.

Die formelle Verstärkung der Klage durch Voreid war selten; aber auch materiell konnte eine solche erfolgen: der Kläger konnte, wie wir an mehreren Beispielen bereits gesehen haben, sofort der Klagebehauptung eine rechtliche Begründung hinzufügen, darlegen, aus welchem Grunde das von ihm beanspruchte Recht ihm zukomme, warum der Beklagte sich eines Unrechts schuldig gemacht habe.

Eine solche Substanziierung der Klage im eigentlichen Sinn geschah dadurch, dass der Kläger angab, auf welche Weise er das ihm streitig gemachte Recht erworben habe.

Um die verschiedenen Möglichkeiten zu übersehen, ordnen wir die Fälle, je nachdem er originären oder derivativen Rechtserwerb geltend machte.

Auf originären Rechtserwerb konnte er sich zunächst mit der Behauptung berufen, das eingeklagte Landstück durch Okkupation erworben zu haben.

Ein hierher gehöriges Beispiel scheint mir eine septimanische Urkunde von 850 zu bieten. Der Kläger behauptet, der Bischof von Gerona habe ihm Weinberge, Ländereien und Höfe widerrechtlich entzogen

quod pater meus quondam Stavilis de eremo traxisset;

das wird später noch einmal anders ausgedrückt, indem der Kläger sagt:

tenebam per aprisione genitore meo seu quod ego excolui[2]).

Auch auf die Dauer des Besitzstandes konnte der Kläger sein Recht gründen. Bekanntlich ist dem älteren deutschen

---

[1]) Eine Formel (Form. extrav. I n. 6 MGF p. 537) enthält ein solches Versprechen des Klägers; aber sie ist römischrechtlich.

[2]) Nr. 329. Marca Hisp. c. 783 n. 21. — Die Frage, ob in fränkischer Zeit bereits Okkupation herrenlosen Landes nur auf Grund königlicher Ermächtigung gestattet war (dass solche unter Umständen vorkam, beweist der Erlass Karls des Grossen an die Grafen der spanischen Mark, Nr. 198.

Recht die spätere rechte Gewere noch unbekannt gewesen [1]) und damit eine Institution, die im eigentlichen Sinne durch den Zeitablauf und nur durch ihn ein Recht hätte zur Entstehung bringen können.

Aber die naive Anschauung ist stets der Überzeugung, dass etwas, das lange bestanden hat, gerade darum ein Recht habe weiter zu bestehen und gegen Änderungen geschützt zu werden.

Wer lange Zeit im Besitz eines Grundstücks gewesen war, der galt schliesslich als der Berechtigte und man fragte nicht mehr danach, wie er es erworben habe. Er konnte sich auf seinen langen Besitz berufen und sich damit gegen Störungen auf gleiche Weise vertheidigen, als wenn er einen Rechtstitel angeführt hätte. Es befreite also, wie Heusler treffend sagt [2]), der Beweis langjähriger Rechtsübung von der Pflicht, sich über seinen Besitztitel zu verantworten. Die Begründung der Klage versieht daher hier mehr eine negative, als eine positive Funktion: sie giebt an, warum ein Recht des Beklagten nicht entstanden sein könne, ohne im rechtlichen Sinne einen Grund für die Entstehung des klägerischen Rechts zu nennen.

Im allgemeinen war es wohl eine Frist von bestimmter Dauer, die als rechtliches Erforderniss galt; meist, besonders im italienischen Recht, betrug sie 30 Jahre.

Als Beispiel aus dem Gebiet des fränkischen Rechts ist eine bereits oben besprochene, im Jahre 893 vom Bischof von Nimes erhobene Klage anzuführen, in der es sich um die Villa Patronianicus handelt, die der bischöflichen Kirche einst geschenkt worden sei (allerdings beruft sich Kläger hier gleichzeitig auf die Schenkungsurkunde), und die diese 30 Jahre und länger in ungestörtem Besitz innegehabt habe, bis sie im letzten Jahre ihr vom Beklagten entzogen worden sei [3]).

MG Capitularia I p. 169), braucht hier nicht erörtert zu werden; wenn Beseler (Neubruch, in den Festgaben für Bethmann-Hollweg S. 17) nur für Alamannien ein fiskalisches Recht des Fiskus auf Wüsteneien bezeugt findet, so stammt das Zeugniss erst aus dem Jahre 1114.

[1]) Vgl. beispielsweise die Bemerkungen Sohms, Fränk. Recht und Röm. Recht S. 53.

[2]) Gewere S. 80.

[3]) Nr. 441. Ménard p. 16 n. 3. Germer-Durand p. 17 n. 8. Th p. 167 n. 114.

Aus Italien sei erwähnt, dass in zwei zu Asti verhandelten Prozessen aus den Jahren 887 [1]) und 990 [2]) die Kläger, beidemale der Vogt der bischöflichen Kirche, ihren Anspruch auf 30jährigen Besitz stützen.

Es kommt aber daneben sehr häufig vor, dass lediglich die Länge der Zeit, während der der Besitz ausgeübt worden war, betont wurde. Gerade das erscheint als ein besonders sprechendes Beispiel für die hervorgehobene naive Anschauungsweise.

So z. B. klagen im Jahre 857 zu Tours die Vertreter der Kirche des hl. Hispanus um Besitzungen, die die Kirche

diu legitime partibus ipsius ecclesie in villa Malebuxis possiderat [3]);

so beschweren sich die Kanoniker der Vincentiuskirche von Mâcon, dass einige ihrer Fideles eine Kirche an sich gerissen hätten,

que est de ratione fratrum et per multa curricula annorum canonici ipsius loci Matiscensis vestiti fuerunt [4]);

so verlangt im Jahre 823 das Freisinger Bisthum Herausgabe der Kirche zu Holzhausen,

quam ab antiquis temporibus praedecessores Hittoni episcopi potestative in episcopatum s. Mariae habuerunt [5]).

Selbstverständlich wurde, wie wir das an dem eben erwähnten bairischen Beispiel sehen, der Zeitraum, während dessen sich das Grundstück im Besitz der unmittelbaren Rechtsvorgänger befunden hatte, mit demjenigen, in welchem der gegenwärtige Kläger im Besitze stand, verbunden.

Das zeigen uns auch einige italienische Urkunden deutlich. Wir finden es besonders dann, wenn nicht eigentlich eine einzelne Person, sondern eine Kirche, ein Kloster klagt; es kommt dann auf die Zeit an, während der die Anstalt als solche Besitz behaupten konnte.

Dahin gehört es, wenn in dem berühmten Diöcesanstreit

---

[1]) Chart. tom. I c. 74 n. 45.

[2]) Chart. tom. I c. 285 n. 169.

[3]) Nr. 351. Th p. 120 n. 89 (aus der Collection Housseau).

[4]) Nr. 552. Cartulaire de Mâcon p. 242 n. 420 (954—960).

[5]) Nr. 243. Meich. I 2 p. 248 n. 472.

der Bisthümer Arezzo und Siena die Klage wegen gewaltsamer Besitzstörung in mehreren Pfarreien erhoben wird, die der bischöfliche Stuhl von Arezzo seit der Römer Zeit besessen habe [1]; wenn kurz darauf (716) der Bischof von Lucca wider den Bischof von Pistoja um zwei Kirchen klagt, die, wie der Kläger auf die Frage des Vorsitzenden erklärt, „immer", seit den Zeiten der Römer und Langobarden, zu seiner Kirche gehört haben [2]; oder endlich wenn im Jahre 746 zu Benevent der Abt des Petersklosters zu Benevent wider den Priester Benedictus auftritt, um von ihm Recht zu fordern in Bezug auf die Peterskirche zu Quintodecimo, die

> *a tempore domni Theoderici in ipsum s. monasterium per eius praeceptum oblata fuit.*

Es ist weiterhin von dieser Verleihungsurkunde keine Rede, und es scheint daher, dass nicht so sehr sie, als vielmehr die lange Zeit, die seitdem verflossen ist, als Begründung angeführt wird [3].

Wir finden auch wohl, dass schlechtweg gesagt wird, der Besitz sei während der gesetzlich erforderlichen Zeit oder noch länger ausgeübt worden; so klagt z. B. der Abt von Carcassonne um Grundstücke, die, wie er sagt,

> *abuit ipsa casa Dei et eius concrecacio inter Vuilafredo et isto Richimiro abatibus legitimam vestituram seu et amplius* [4].

Schon unter den letzterwähnten Fällen befanden sich einige, in denen neben der langjährigen Ausübung des Rechts auf den Erwerb des Grundstücks seitens Dritter Bezug genommen wurde.

Es leitet uns das zu derjenigen Begründung des klägerischen Anspruchs hinüber, in der nicht ursprüngliche Entstehung des Rechts in der Person des Klägers, sondern Übergang vorhandener Rechte auf ihn, derivativer Rechtserwerb, behauptet wurde.

---

[1] Troya III p. 158 n. 400. Brunetti I p. 426 n. 6. Ughelli I c. 410 (714).

[2] M. di Lucca V 2 p. 5 n. 5. Troya III p. 249 n. 414. Muratori Ant. V c. 914. Brunetti I p. 452 n. 11.

[3] Troya IV p. 221 n. 592. Ughelli VIII c. 626.

[4] Nr. 359. Vaissete II c. 331 n. 161. L Sch p. 44 n. 64. Th p. 128 n. 94.

Man kann wohl hier zunächst die Erwerbung durch richterliche Adjudikation anführen, wenigstens in so fern als keine von den Rechten Dritter unabhängige Entstehung des eignen Rechts vorliegt, wenngleich eine Ableitung aus fremdem Recht wenigstens nicht immer stattfindet, das Urtheil vielmehr meist nur deklaratorische Wirkung hat. Doch da es nicht auf strenge Systematik ankommen kann, möge es gestattet sein, an dieser Stelle auf die betreffenden Beispiele hinzuweisen.

Ich möchte hier eine mehrfach in Betracht kommende, auch bereits erwähnte Urkunde über einen 875 und 876 zu Nîmes um die Villa Bizagum geführten Prozess nennen[1]). Der Kläger beruft sich darauf, dass der Beklagte bereits in einem früheren Termin zur Herausgabe der Villa verurtheilt und ihm das Recht auf sie bestätigt worden sei, was er durch Vorlage der Gerichtsurkunde erhärtet.

Wenn der Bischof von Mâcon Herausgabe der *capella s. Gengulfi* verlangt, die ihm in alter Zeit entrissen, dann aber *per restitutionem domni Karoli piissimi imperatoris iustissime reddita* sei, so ist nicht ausgeschlossen, dass dies durch Rechtspruch geschehen und dass die verlesene *preceptio* des Kaisers eine auf Grund einer Gerichtsverhandlung ausgestellte Urkunde ist[2]).

Auch gehört eine italienische Urkunde von 812 hierher: der Abt des Bartholomäusklosters bei Pistoja klagt wider den Fiskus, weil er zu Diensten gezwungen werde, obwohl ihm das Kloster nach Entfernung des unrechtmässigen Besitzers Nebulungus durch Königsboten restituiert worden sei[3]).

Eine Parallele ist es, wenn sich, wie sonst ein Laie auf richterliche Einweisung, ein Geistlicher auf Ordination beruft, was z. B. in einer luccheser Urkunde von 786 der Fall ist[4]).

Ganz besonders häufig entspannen sich Prozesse wie zu allen Zeiten, so auch damals, wenn durch den Tod des bis-

[1]) Nr. 404. Ménard p. 10 n. 1. Germer-Durand p. 3 n. 1. Th p. 155 n. 107. Vgl. S. 39 f.

[2]) Nr. 559. Cartulaire de Mâcon p. 149 n. 243 (937—962).

[3]) Brunetti II 1 p. 396 n. 87. Muratori Ant. V c. 953. Zacharia Anecd. p. 342 n. 4.

[4]) M. di Lucca V 2 p. 123 n. 211. Muratori Ant. I c. 531. Brunetti II 1 p. 268 n. 26.

herigen Besitzers ein Gut frei geworden war und nun von verschiedenen Prätendenten Ansprüche erhoben wurden, Prozesse, in denen der Kläger sich auf Rechtserwerb durch Erbgang berief.

In den ältesten Zeiten, als es noch kein Individualeigenthum an Grund und Boden gab, fiel das Landstück, das der Einzelne bewirthschaftet hatte, an die Sippe zurück und wurde von Seiten der Sippe in Verwaltung genommen. Es gab keine Erben am Land und daher keinen Streit zwischen Miterben um Land. Aber schon ein oben erwähnter Zusatz der Lex Salica[1]) spricht von dem Streit zwischen Miterben *de alode terrae.* Aus der ursprünglich gleichberechtigten Zahl der Geschlechtsgenossen trat ein engerer Kreis zunächst zur Erbschaft Berufener heraus: mit der Entstehung eines abgestuften Erbrechts war der Streit über das nähere Recht gegeben.

Ein weiterer Umstand kam hinzu. Das ältere deutsche Recht kannte nicht nur keine freien Verfügungen von Todeswegen, keine Testamente, sondern auch unter Lebenden war die Veräusserung liegenden Guts durch die Berechtigung der Erben gebunden. Denn das Gut gehörte nicht Einem als freies persönliches Eigenthum, sondern es gehörte der Familie; ohne ihre Zustimmung konnte es nicht an Dritte übertragen werden.

Diese Rechtsauffassung wurde besonders von der Kirche bekämpft; sie wünschte Freiheit der Veräusserung, um selbst erwerben zu können; römisches Testamentsrecht freilich konnte sie nicht zur Anerkennung bringen, dafür verstand sie andere Formen, *donationes post obitum,* Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs, zur Anwendung gelangen zu lassen, die materiell ziemlich das gleiche, nämlich Aufhebung des unbeschränkbaren Rechts der nächsten Familienangehörigen, bewirkten. Begreiflich, dass diese sich lange sträubten, jene Rechtsgeschäfte als auch sie bindend anzusehen. So erklären sich jene zahllosen Prozesse, in denen die Kläger sich auf die *legitima hereditas* beriefen, die Kirche, das Kloster aber eine Tradition behauptete, die freilich, da sie auf Grund eines Gesetzes Karls des Grossen (Cap. Aquisgr. I a. 809 c. 26) öffentlich vorzunehmen war, den

---

[1]) S. 4. L. Sal. 59, 5 bei Behrend, 59, 6 Cod. 10 col. 385 bei Hessels.

Erben bekannt sein musste, von ihnen aber trotzdem als dem alten Rechte widersprechend angefochten wurde.

In allen Ländern des fränkischen Reichs treten uns solche Fälle entgegen.

Wie oft werden allein der Freisinger Kirche Güter streitig gemacht, auf welche die Kläger Ansprüche erheben, weil sie ihnen kraft ihres Erbrechts zugefallen seien; fast regelmässig aber werden sie abgewiesen; die Kirche kann sich auf ein Rechtsgeschäft berufen, das ihr ein näheres Anrecht gewährt[1]).

Aus Alamannien kann ein Prozess genannt werden, in dem ein gewisser Adilhelm von den Chorherren von Zürich ein Grundstück *de avo suo et suo patre* verlangt[2]); ja die Lex Alamannorum selbst erwähnt ausdrücklich (2, 1) den uns beschäftigenden Thatbestand: der Sohn des Schenkers behauptet, er habe auf Grund väterlicher Erbschaft das Recht am Grundstück, eine Tradition an die Kirche sei nicht erfolgt.

Westfränkische Beispiele bieten eine Urkunde aus der Bretagne von 833, in welcher wider das Kloster Redon auf Grund Erbrechts geklagt wird (ausnahmsweise gewinnt der Kläger)[3]); eine andere von 871, in welcher der Bruder eine vom Bruder dem Kloster Redon gemachte Tradition auf Grund Erbrechts anficht[4]); auch eine späte burgundische Urkunde, in welcher berichtet wird, wie Remestagius zu Gunsten der Kanoniker der Vincentiuskirche zu Mâcon auf Grundstücke verzichtet, die er zuerst durch Eid und Kampf erstreiten wollte,

> *dicens, quia sibi competerent iure hereditario per successionem parentorum suorum*[5]).

---

[1]) Beispiele: Nr. 165. Meich. I 2 p. 90 n. 118 (802); Nr. 174. Eod. p. 93 n. 122 (806); Nr. 178. Eod. p. 94 n. 124 (807); Nr. 180. Graf Hundt Abhandlungen XII p. 220 n. 15 (806—810); Nr. 183. Meich. I 2 p. 96 n. 127; Nr. 184. Eod. p. 96 n. 128 (784—811).

[2]) Nr. 504. UB der Stadt und Landschaft Zürich I p. 81 n. 190. Als Parallele kann ein Fall angeführt werden, in dem in gleicher Weise nicht gegen eine Kirche, sondern gegen den Fiskus Klage erhoben wird: Nr. 175. Wartmann I p. 177 n. 187 (806, 807).

[3]) Nr. 273. Cartulaire de Redon p. 354 App. n. 3.

[4]) Nr. 386. Eod. p. 197 n. 246.

[5]) Nr. 611. Cartulaire de Mâcon p. 251 n. 434 (990—1015).

Auch italienische Urkunden stehen reichlich zur Verfügung.

Im Jahre 761 erhebt ein *exercitalis* des Herzogs von Spoleto wider das Kloster Farfa Klage um die von seinem Vorfahren erbaute, ihm kraft Erbrechts zustehende Kirche des hl. Anthimus[1]); 813 zu Rom im Lateran vor Papst Leo III. wird gleichfalls das Kloster Farfa verklagt um Güter im Gebiet von Viterbo und in Toscana, die auch hier auf Grund des Erbrechts beansprucht werden[2]); zu Camerino wird 828 vom selben Kloster Herausgabe des Hofes *s. Abundii* verlangt, der den Klägern als Erbgut gebühre[3]); zu Bergamo endlich erhebt im Jahre 843 ein Ehemann wider den Archidiakon Willebuto Klage um Grundstücke, die seine Frau als Erbe ihres Vaters überkommen habe[4]).

Sehr viel seltener sind daneben Prozesse zwischen Miterben oder Laien untereinander. Abgesehen von einer Reihe süditalienischer Urkunden[5]) seien als Beispiele eine cluniacenser Urkunde von 964[6]), zwei Urkunden aus der Bretagne[7]), eine bairische Urkunde von 798 und eine alamannische von 889[8]) angeführt. Allerdings kann man wohl neben jener Stelle der Lex Salica auch den vom Grenzprozess handelnden Titel der Lex Baiuwariorum (12, 8) hier nennen, denn jede der streitenden Parteien hat danach an Ort und Stelle den streitigen Platz zu weisen mit den Worten:

> *hucusque antecessores mei tenuerunt et in alodem mihi reliquerunt*[9]).

---

[1]) R. di Farfa II p. 52 n. 46. Troya V p. 108 n 756. Fatteschi p. 267 n. 15.

[2]) R. di Farfa II p. 162 n. 199.

[3]) R. di Farfa II p. 219 n. 268. Fatteschi p. 291 n. 48.

[4]) Cod. Lang. c. 258 n. 149. Lupus C. d. I p. 699.

[5]) Cod. Cav. I p. 198 n. 155 (934); p. 210 n. 164 (938); p. 233 n. 180 952); II p. 79 n. 274 (973).

[6]) Nr. 562. Chart. de Cluny II p. 265 n. 1179.

[7]) Nr. 312. Cartulaire de Redon p. 148 n. 192. Th p. 115 n. 85 (828 bis 840); Nr. 435 Cartulaire de Redon p. 219 n. 271 (892).

[8]) Nr. 140. Meich. I, 2 p. 96 n. 129. Nr. 429. Wartmann II p. 275 n. 673.

[9]) Übrigens mag erwähnt werden, dass auch in einigen Formeln die Klage auf Erbrecht gestützt wird: Nr. 67. Form. Turon. 29, MGF p. 152; Nr. 71. Form. sal. Merk. 27, MGF p. 251.

Derivativer Rechtserwerb endlich wird dann behauptet, wenn der Kläger sich darauf beruft, von einem anderen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden das Recht übertragen erhalten zu haben.

Die Frage, in welcher Art Grundstücke in rechtlich wirksamer Weise nach dem Rechte der fränkischen Zeit übertragen wurden, soll, so weit sie für unsere Zwecke in Betracht kommt, des besseren Zusammenhangs wegen im nächsten Kapitel betrachtet werden.

Es möge daher an dieser Stelle ein kurzer Hinweis auf die verschiedenen in dieser Richtung sich bietenden Möglichkeiten der Rechtsbegründung genügen.

Der Kläger berief sich in solchen Fällen meist auf Rechtserwerb durch Schenkung oder Tradition. Entweder behauptete er schlechtweg die Thatsache, hatte also wohl einen Akt realer Investitur im Sinn[1]); dann pflegte er nicht selten sogleich die Zeugen zu benennen, die die Vornahme des Rechtsgeschäfts bekunden konnten[2]). Oder aber, und das ist das häufigere, er berief sich auf Urkunden, durch welche ihm das betreffende Recht übertragen worden war; wir können, wie später auszuführen sein wird, annehmen, dass sein Rechtstitel in diesen Fällen die symbolische Investitur durch Urkundenbegebung, die *investitura per cartam*, bildete; er legte meist die Urkunden sogleich dem Gericht vor. Es findet sich Berufung auf Schenkungs-, Traditions- und sonstige Bestätigungsurkunden[3]); besonders vortheilhaft war es, wenn das Recht auf eine unanfechtbare Königsurkunde gestützt werden konnte[4]).

Also alle Möglichkeiten einer Substanziierung der Klage sind bereits im Rechtsgange der fränkischen Zeit vertreten; freilich nicht als rechtliche Erfordernisse, sondern eben nur als

[1]) Vgl. Nr. 169. Graf Hundt XII p. 219 n. 13 (804); Nr. 196. Meich. I 2 p. 148 n. 269 (811); in beiden Fällen wird *anterior vestitura*, früher stattgehabte Investitur, behauptet.

[2]) Z. B. Nr. 488. Gallia christ. IV instr. c. 67 n. 28 (918.) Hierüber Näheres im dritten Kapitel.

[3]) Z. B. Nr. 399. Pérard p. 33 n. 12 (866—874); R. di Farfa II p. 144 n. 34 (753).

[4]) Z. B. Nr. 269. Vaissete II c. 177 n. 80. Marca Hisp. c. 769 n. 5 (832); Nr. 383. Vaissete II c. 355 n. 174 (870).

Möglichkeiten, deren sich der Kläger im einzelnen Fall zu seinem Vortheil bedienen mochte. Im allgemeinen lässt sich sagen, dass die Substanziierung der Klage mit der Zeit immer grössere Verbreitung bekam.

Heusler bemerkt mit Recht [1]), dass sich aus dieser „auch in Deutschland und Italien aufkommenden Übung, schon in der Klage den Titel des klägerischen Rechts anzuführen, leicht die Praxis entwickelte, dem Kläger gegenüber der Bestreitung des Beklagten ohne Weiteres ganz römisch die Beweislast für seinen Klagesatz aufzulegen". In den Schriften der italienischen Juristen wurde dann, wie wir an den Formeln des Liber Papiensis sahen, aus diesem Gebrauch der Praxis eine theoretische Rechtsregel. Damit war der Rechtszustand der fränkischen Zeit verlassen.

---

[1]) Gewere S. 78 Anm. 1.

Zweites Kapitel.

Die Klagebeantwortung.

Durch die rechtmässige Erhebung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, gleichfalls in rechtmässiger Form auf die Klage zu antworten. Eine Antwort in rechtmässiger Form, in technischem Sinne, ist nach altem Recht nur eine Erklärung, die formell und inhaltlich den vollen Wortlaut der Klage zugiebt oder bestreitet [1]).

So lange das Recht nur eine solche formelle Klageerwiderung gestattete, waren Einreden im eigentlichen Sinne nicht möglich. Der Beklagte aber konnte erklären, dass er zur formellen Klageerwiderung nicht verpflichtet sei. Und eine solche Weigerung, sich auf die Klage einzulassen, konnte den Zweck erfüllen, der Klagebehauptung gegenüber neue Gesichtspunkte geltend zu machen.

Auch im Immobiliarprozess der fränkischen Zeit finden wir diese doppelte Art der Erwiderung: Klagebeantwortung im technischen Sinn, d. h. einfaches Zngeben oder Bestreiten, und die formell als Einlassweigerung erscheinende Geltendmachung von Einredethatsachen. Wir betrachten im Folgenden diese beiden Fälle getrennt.

---

[1]) Brunner RG II S. 346, dessen Ausführungen überhaupt den folgenden kurzen Bemerkungen zu Grunde liegen.

I. Die Klagebeantwortung im technischen Sinn.

1. Zugeben der Klagebehauptung.

Durch eine technische Klagebeantwortung, in welcher der Beklagte sofort die vom Kläger behauptete Thatsache zugiebt, findet der Rechtsstreit seine rascheste Erledigung.

Wir haben oben Fälle kennen gelernt, in denen die Klage nur zu dem Zweck erhoben wurde, um den Gegner zu einer solchen Erklärung zu veranlassen; in diesen Scheinprozessen wusste der Kläger im Voraus, dass sich der Beklagte auf einen Streit nicht einlassen würde; es kam nur darauf an, einem gewissen zwischen den Parteien bestehenden Einverständniss eine rechtskräftige Form zu geben.

Anders verhält es sich in den Fällen, von denen jetzt die Rede sein soll.

Nicht nur eine scheinbare, sondern eine wirkliche Klage wird vom Kläger erhoben; dieser muss jede Art der Vertheidigung Seitens des Beklagten erwarten und sich daher mit allen ihm zu Gebote stehenden Angriffsmitteln ausgerüstet haben.

Wenn nun aber der Beklagte, anstatt den Kampf aufzunehmen, sogleich die Waffen streckt, so kann das in verschiedenen Umständen seinen Grund haben.

Er hat vielleicht bis zum Augenblick der Klageerhebung gar nicht gewusst, dass er ein Recht des Klägers verletzt habe oder weiterhin verletzte, und würde, wenn ihm dies bekannt gewesen wäre, auch freiwillig aussergerichtlich den alten Zustand wiederhergestellt haben. Oder, solange der Kläger nicht ernstlich Miene machte, sich Recht zu verschaffen, hielt er sich sicher; nun aber sinkt ihm der Muth, und er wagt nicht, den Ausgang eines Rechtsstreits abzuwarten. Und in der Mehrzahl der Fälle mag es wohl erst die rauhe Thatsache der wirklich erhobenen Klage gewesen sein, die den Beklagten zu einer solchen Antwort veranlasste.

Denn so erklärt sich, warum es überhaupt zu einer Gerichtsverhandlung und zur Aufnahme des Protokolls über eine solche kommen musste, während doch an sich nichts im Wege gestanden hätte, sich aussergerichtlich zu einigen. Aber auch in diesen Fällen mag es dem Kläger wichtig gewesen sein, den

Verzicht des Beklagten in öffentlicher Sitzung aussprechen und urkundlich festlegen zu lassen.

Es ist nicht leicht, aus der Formulierung der Urkunden, in denen von einem Verzicht des Beklagten gesprochen wird, zu erkennen, ob in der That dieser Verzicht sofort auf die Klageerhebung gefolgt ist. Denn man kann nicht wissen, ob nicht die Urkunde die Verhandlung in abgekürzter Form wiedergiebt, da es ja ohne Interesse war, die einem schliesslichen Verzicht vorausgegangenen Erwiderungen, wenn sie zu keinen weiteren Massregeln Anlass gegeben hatten, aufzuzeichnen.

Nur unter diesem Vorbehalte also sollen folgende Beispiele erwähnt werden; Urkunden, die ohne einen solchen hier angeführt werden könnten, sind mir, abgesehen von den bereits erwähnten Scheinprozessen, nicht begegnet.

In einer salischen Formel heisst es, der Beklagte habe auf die Frage des Gerichts, was er auf die Klage erwidern wolle, keine Antwort geben können:

> *nullatenus potuit responsum dare, per quem sibi de ipso campo legibus saciret aut inantea sacire deberet; sed ipse in presente professus apparuit*[1]).

Allerdings scheint man hier annehmen zu können, dass der Beklagte in formeller Weise die Worte der Klage sofort zugegeben hat.

Ähnlich wie diese Formel drückt sich eine burgundische Urkunde, wahrscheinlich aus dem Jahre 756, aus: das Gericht fragt den vom Grafen Nivelongus wegen Ländereien *in villa Balgiaco* verklagten Amelius

> *de ipsa causa, si sic erat aut non; tunc ipse Amelius de ipsa causa minime exinde denegare non potuit*[2]).

Damit stimmt ferner eine andere der Mitte des neunten Jahrhunderts angehörige burgundische Urkunde, die über einen Prozess des Erzbischofs von Vienne wider den Grafen Wigrimo berichtet. Die Vorsitzenden fragen auch hier den Beklagten:

> *si ita veritas esset an non;* worauf dieser *hoc minime*

---

[1]) Nr. 73. Form. sal. Merk. 29, MGF p. 252.

[2]) Nr. 316. Pérard p. 33 n. 13.



denegavit neque advocatum ponere potuit, quia sciebat huius querelae causae esse veritatem [1]).

Wenn dagegen in einem Placitum Pipins von 752, in welchem der Abt von St. Denis wider Gislemarus um zwei von seiner Mutter dem Kloster geschenkte Villen Klage erhebt, vom Beklagten gesagt wird:

ipse in praesenti adstabat, unde nullatenus potuit denegare, sed in praesenti recognovit, quod genetrix Ioba ipsam villam . . . . ad casam s. Dionisii manu potestativa condonasset [2]),

so kann man annehmen, dass hier ein Beweisverfahren der Professio vorangegangen ist; es ist im Wesentlichen die bei den Scheinprozessen übliche Form, die diese Urkunde verwendet; dass aber ein wirklicher Rechtsstreit vorliegt, ist aus dem *malo ordine* der Klage zn ersehen.

Unsicher ist anch folgender Fall. In einem Placitnm Karls des Grossen von 781 wird über eine vom Grafen Rifero *in pago Tellao* abgehaltene Gerichtsversammlnng berichtet; hier hatte der Abt von St. Denis wider sechs Lente um einen Neubruch geklagt, und alle Beklagten,

cum interrogaretur ab eis, utrum quid de hac causa contra . . . advocatum s. Dionisii dicere vellent, nunquam potuerunt tradere vel deducere rationem, per quam ipsam rem s. Dionisii . . . habere potuissent;

sie vollziehen darauf die Investitur [3]).

Unsicher ferner bleibt das Verfahreu in einer cluniacenser Urkunde von 944. Das Kloster verklagt den Vicegrafen Ademarns vor seinem Senior, dem Grafen Hugo, weil er ein königliches Praeceptum zu brechen und die durch dieses dem Kloster verliehenen Besitzungen zu seinem Besten zu nntzen suche; der Beklagte verzichtet gegenüber dieser so gewichtigen Königsnrkunde, und weil er einsieht,

suum seniorem partibus monachorum favere et nichil se rationis in hoc habere [4]).

---

[1]) Nr. 337. D'Achéry Spic. I p. 343. Baluze Capit. II p. 1467.
[2]) Nr. 77. Mabillon Dipl. I p. 511 n. 40. Bouquet V p. 677. Mühlb. 63.
[3]) Nr. 114. Mabillon Dipl. I p. 521 n. 55. LSch p. 23 n. 36. Mühlb. 238.
[4]) Nr. 516. Chart. de Cluny I p. 610 n. 656. Th p. 190 n. 129.

Diesen unsicheren westfränkischen und burgundischen Beispielen lassen sich auch einige aus Rechtsgebieten anderer Stämme anreihen, z. B. aus Baiern.

Eine Freisinger Urkunde berichtet, dass im Jahre 844 im öffentlichen Gericht zu Ergolding der Vogt der Freisinger Kirche wider zwei Männer um die Basilika zu Bachem Klage erhoben habe,

> *quod ipsam basilicam eis defendissent et usurpassent in proprium; et tunc illi sibimet ipsis credebant eo quod iniuste ibidem contendebant* [1]).

So erwidert ferner auf eine vom Vogt derselben Kirche im Jahre 845 zu *Stiftharteskhirichun* erhobene Klage der Beklagte sofort,

> *dialecticare non posse neque nolle;*

er begiebt sich sofort *anhelans firmiter* auf die streitige Besitzung und vollzieht dort die Tradition [2]).

Aus Italien wüsste ich nicht einmal derartige zweifelhafte Beispiele anzuführen, in denen die Form der Urkunde ein sofortiges formelles Zugeben der Klagebehauptung vorauszusetzen wenigstens nicht verbietet. Allerdings war, wie wir sehen werden, im italienischen Verfahren an sich die Professio sehr gebräuchlich; ja man ging allmählich soweit, in jedem Fall ein solches Bekenntniss des Beklagten zu veranlassen, das dann entweder das Urtheil zur Folge hatte oder aber selbst als Abschluss des Rechtsstreits dienen konnte [3]). Es war das aber ein Bekenntniss, das erst nach Schluss des Beweisverfahrens abgelegt wurde und also von der Art der Klagebeantwortung, die uns jetzt beschäftigt, verschieden ist. Und so wird man denn auch in denjenigen Fällen, in denen schlechtweg von einer Professio die Rede ist, eine Professio auf Grund vorangegangener Verhandlung anzunehmen haben [4]), zumal die Fassung der Urkunden im Lauf der Zeit gerade in Italien immer formelhafter

---

[1]) Nr. 247. Meich. I 2 p. 249 n. 473.

[2]) Nr. 320. Meich. I 2 p. 324 n. 636.

[3]) Darüber ist zu vergleichen Ficker Forschungen I S. 23 ff.

[4]) So z. B. in einer cavenser Urkunde von 978 (Cod. Cav. II p. 120 n. 304), in welcher der Kläger bekundet, die Beklagten hätten von dem streitigen Grundstück die eine Hälfte durch Professio als Eigenthum des Klägers anerkannt, die andere aber weiter für sich beansprucht.

wurde, und es daher für ausreichend galt, das schliesslich entscheidende Ereigniss anzuführen.

Überhaupt aber mag diese Form der Klagebeantwortung stets eine seltene gewesen sein; wenn es sich nicht darum handelte, ein Urtheil in einem Scheinrechtsstreit herbeizuführen, wird man sich diesen Anlauf zu einem Prozesse möglichst erspart haben. Nur dann finden wir ihn auch noch in späterer Zeit, wenn der Beklagte gar nicht gewusst hat, dass er eine Rechtswidrigkeit begehe, und nun sofort den Klageanspruch zu erfüllen sich bereit erklärt. Wie weit freilich hier das alte formelhafte Zugeben noch Platz griff, muss dahin gestellt bleiben. Ich denke an folgende Beispiele.

Der Graf Pontius von Narbonne wird im Jahre 933 von dem Mandatarius des Abtes von Montolieu unter Vorlegung königlicher Immunitätsprivilegien verklagt, weil er die Immunität der Villa Fracianum verletzt habe. Der Graf erklärt, er habe nicht gewusst, dass das Kloster *tales regales authoritates* gehabt habe; *et quantum ego feci ignoranter feci.* Ihm wird dann durch Urtheil auferlegt, jene Urkunden anzuerkennen und die Revestitur zu geloben [1]).

Vor König Konrad von Burgund erheben im Jahre 943 die Mönche von Cluny Klage, dass Karl, ein Verwandter des Königs, die von Ingelbert dem Kloster geschenkten Besitzungen bestreite. Es heisst darauf vom Beklagten,

> *ubi vidit et audivit non se hoc recte tenere, praesentialiter dimisit omnem querelam et illico ipsas cartas, quas Ingelbertus fecerat, corroboravit et iterum in manu regis firmavit.*

Offenbar hat also der Beklagte nicht gewusst, Klostergut widerrechtlich zu besitzen; er benutzt daher sofort die Gelegenheit, auch seinerseits das Recht des Klosters zu bekräftigen. Zur grösseren Sicherheit lässt dann auch der König noch die Urkunden bestätigen, indem er *hoc iudicium scribere iussit, per quod omni tempore dictae cartae inviolabiliter permaneant* [2]).

Endlich möge in diesem Zusammenhang noch folgender italienische Rechtsfall erwähnt werden.

---

[1]) Nr. 505. Vaissete V c. 160 n. 57. Th p. 188 n. 128.
[2]) Nr. 513. Chart. de Cluny I p. 579 n. 622. Böhmer 1502.



Es handelt sich um eine 798 zu Spoleto wider den Herzog Guinichis erhobene Klage, in der sich das Kloster Farfa wegen Übergriffe von Leuten des Herzogs gegen klösterliche Fischereien beschwert. Der Herzog erklärt, wenn das geschehen sei, so sei es gegen sein Wissen und Wollen geschehen:

certissime ego piscarias vestras numquam contempsi nec contemnere mandavi. Sed si hoc factum est, sine mea voluntate factum est et nesciente me. Et ego vobis exinde facio iustitiam.

Darauf sagen ihm die vorsitzenden Königsboten, er möge an Ort und Stelle die Sache untersuchen und dann wiederkommen, aber der Herzog erklärt sogleich:

certissime vaerum est, quia homines mei ipsas piscarias contempserunt, sed ut dixi non per meum commandatum nec per meam voluntatem. Ego volo exinde ad partem monasterii iustitiam facere, sicut michi iudicatis[1]).

Auch in diesem Falle ist also, wie in allen bisher besprochenen, durch das sofortige Entgegenkommen des Beklagten ein Fortführen des Rechtsstreits entbehrlich gemacht. Der Kläger kann sich nun entweder, wie das später in Italien üblich war, mit der Klagebeantwortung des Beklagten, seiner Professio, begnügen, oder er mag durch ein gerichtliches Urtheil das Geständniss bestätigen lassen.

2. Leugnen der Klagebehauptung.

Es war doch immer nur eine Ausnahme, wenn der Beklagte sofort der Klage wich; in den weitaus meisten Fällen unternahm er es, dem Angriff des Klägers gegenüber sein Recht zu vertheidigen.

Diese Vertheidigung geschah nach altem formalen Prozessrecht wie bemerkt dadurch, dass der Beklagte der Klage ein einfaches Nein entgegenstellte.

In wörtlicher Anlehnung an die Klageworte erwiderte er auf das *malo ordine possides:*

non malo ordine, sed iuste et legaliter possideo,

oder ähnlich. Oder er erklärt kurzweg, die vom Kläger be-

---

[1]) Reg. di Farfa II p. 142 n. 171. Fatteschi p. 284 n. 39.

hauptete Thatsache sei nicht wahr. So entgegnete z. B. auf die Klage des Bischofs von Autun, Cadilo und seine Erben besässen widerrechtlich die Villa Canavas, der Beklagte,

quod ipsas res, pro quibus appellabatur, iuste et legaliter possidebat [1]).

In den Urkunden des Klosters Conques wird ein Fall berichtet, in dem drei Leute vor dem Vikar wider einen Mönch des Klosters behaupten, er habe widerrechtlich einem Dritten einen Mansus geschenkt; darauf entgegnet der Mönch:

quod bene ordine faciebat [2]).

In ähnlicher Weise haben vielleicht auch die Mönche von Cluny gesprochen, als sie die Klage zweier Männer um gewisse diesen gehörige Ländereien mit der Antwort zurückwiesen, sie hätten auf jene Ländereien ein besseres Recht und brauchten sie daher nicht herauszugeben [3]).

Hier kann weiter eine bereits oben besprochene burgundische Urkunde angeführt werden. Der Vogt der erzbischöflichen Kirche von Vienne klagt wider Sigibert, dass er mit Miethlingen *(cum aliis conductis hominibus)* die Immunität an drei Orten gewaltsam gebrochen habe. Die beiden ersten Fälle gesteht Beklagter ein; den dritten aber *Sigibertus in omnibus denegavit*; er giebt das von einem Dritten verbürgte feierliche Versprechen ab, vor Gericht zu beschwören, dass auf seinen Befehl kein Mensch jene Villa geplündert habe. Also die Vertheidigung des Beklagten ist hier Leugnen der in der Klage behaupteten Thatsache [4]).

Ebenso in dem zu Nîmes in den Jahren 875 und 876 geführten interessanten Rechtsstreit zwischen dem Bischof der Stadt und einem gewissen Bernardus.

Es handelte sich in ihm, wie schon oben erwähnt, um die von der Mutter des Beklagten an die bischöfliche Kirche geschenkte Villa Bizagum. Beklagter hatte sie widerrechtlich an sich gebracht, war darauf verurtheilt worden, sie an die Kirche herauszugeben, hatte sie aber dann wiederum sich widerrecht-

---

[1]) Nr. 488. Gallia christ. IV instr. c. 67 n. 28 (a. 918).
[2]) Nr. 506. Cartulaire de Conques p. 137 n. 155 (a. 934).
[3]) Nr. 525. Chart. de Cluny I p. 751 n. 799 (a. 951).
[4]) Nr. 362. D'Achéry Spic. I p. 358. Th p. 135 n. 96 (a. 863 c.).

lich angeeignet *(sacivit malum ordinem contra lege).* Der Kläger verlangt nun von Neuem Genugthuung, indem er die über jene vorangegangene Gerichtsverhandlung ausgestellte Urkunde, in welcher der durch Bürgenstellung bekräftigte Verzicht des Beklagten beknndet ist, vorlegt. Der Beklagte aber

> *in omnibus hoc denegavit et dixit, quod nequaquam ipsam villam per suos wadios predicto episcopo nec partibus s. Mariae reddideram.*

Es verbindet sich also hier das Lengnen der in der Klage behanpteten Thatsache mit der Schelte der vom Kläger vorgelegten Urknnde; der Beklagte vollzieht sie auch in aller Form, indem er die Urkunde durchbohrt [1]).

Anch einige ausserfränkische Beispiele mögen angeführt werden.

Von bairischen Urkunden sei zunächst eine Klage des Bisthums Freising genannt, in der dem Beklagten vorgeworfen wird, er habe eine Kirche widerrechtlich dem Bisthum entzogen; der Beklagte erwidert schlechtweg, er habe das nicht gethan [2]).

Ferner dürfte eine Freisinger Urkunde aus dem Jahre 818 hierher gehören: auf die Klage des Bischofs wider Waldker,

> *quod iniuste curtem vel domum ecclesiae . . intraret et proprium servum s. Mariae vapularet,*

entgegnet der Beklagte,

> *hanc ecclesiam cum omnibus ad eam pertinentibus suam propriam esse* [3]).

Es ist, nur etwas anders formuliert, die Entgegenhaltung des *non malo ordine.*

Auch glaube ich folgende, bereits genannte, Gerichtsurkunde aus dem Ende des achten Jahrhunderts hier erwähnen zu können, in der berichtet wird, dass zu Altötting vor dem Erzbischof von Salzburg der Abt Roodlant und Roodbert wider den edlen Mann Tagadeo nm ein *benefitiolum* Klage erhoben hätten, in der sie behaupteten, jenes vom Beklagten an einen gewissen Roodinc ausgeliehene *benefitiolum* gebühre ihnen; hieranf habe der Beklagte erwidert,

---

[1]) Nr. 404. Ménard p. 10 n. 1. Germer-Durand p. 3 n. 1. Th p. 155 n. 107.

[2]) Nr. 177. Meich. I 2 p. 95 n. 125.

[3]) Nr. 219. Meich. I 2 p. 194 n. 368. LSch p. 32 n. 50.

ut taliter numquam fuisset factum neque visum neque auditum de eo nec de ullis proximis suis.

Mit diesen Worten bestreitet der Beklagte die Klagebehauptung, nämlich dass die Kläger ein Recht auf das Grundstück hätten, nicht etwa die Thatsache der Verleihung an Roodinc; das folgt aus dem Beweisurtheil, durch das dem Beklagten auferlegt wird, zu beschwören, dass Roodinc in seinem Dienste stehe. Der Beklagte wollte also behaupten, zu jener Verleihung, die er zugiebt, berechtigt gewesen zu sein[1]).

Aus Italien sei ein 829 im Lateran verhandelter Prozess genannt: der beklagte Vogt der römischen Kirche hält der Behauptung des klagenden Abts von Farfa, zwei römische Priester seien in mehrere Besitzungen des Klosters gewaltsam eingedrungen, zunächst nichts als die nackte Behauptung entgegen, die genannten Besitzungen besitze die römische Kirche mit Recht; jedenfalls also auch zunächst ein einfaches Zurückweisen des *malo ordine* oder wie es hier heisst des *invadere per fortia*[2]).

Ebenso um widerrechtliches Eindringen handelt es sich in einer luccheser Urkunde von 902. Dem Vertreter des Bisthums Lucca, der wider Ghispertus einen derartigen Klagevorwurf erhebt, entgegnet der Beklagte schlechtweg:

quod hoc veritas non fuisset[3]).

Der Klage verschiedener vornehmer Leute, die wir schon früher erwähnten, erwidern die beklagten Einwohner von Atrani bei Amalfi, sie besässen allerdings die in der Klage bezeichneten Ländereien,

set non malo ordine; et rationem inde abere dixerunt[4]).

In den folgenden italienischen Urkunden ist es dagegen ein Leugnen der vom Kläger behaupteten Thatsache, was auf die Klage folgt.

Ähnlich wie in dem auf S. 96 besprochenen Rechtsstreit

---

[1]) Nr. 138. Mon. Boica XXVIII 1 p. 23 n. 25 (785—798).

[2]) Reg. di Farfa II p. 221 n. 270. Cod. Lang. c. 198 n. 110. Mabillon Ann. II c. 736.

[3]) M. di Lucca V 3 p. 13 n. 1058. Muratori Ant. V c. 309. Fast ganz übereinstimmend die Urkunde Cod. Cav. II p. 176 n. 346 (982); ähnlich Cod. Lang. c. 837 n. 486, Lupus C. d. Bergom. II. p. 113 (919).

[4]) Cod. Cav. II p 12 n. 220 (a. 965).

zwischen dem Bischof von Nîmes uud Bernardus klagen im Jahre 811 die Vertreter des Klosters Farfa und des Herzogs vou Spoleto wider deu Priester Clarissimus, weil er sich geweigert habe, das früher gegen ihu ergangene Urtheil auf Herausgabe der dem Kloster und dem Herzog widerrechtlich eutzogenen Besitzungen zu erfüllen. Der Beklagte leugnet, dass dies geschehen sei:

quia vaerum non est, quod ego iudicium eorum noluissem facere, sed in omnibus eorum iudicium facere volui[1]).

Eiu andermal behauptet der Vertreter desselben Klosters, die Beklagten hätten die vou ihrem Oheim Palumbus dem Kloster gemachte Schenkung widerrechtlich betreteu und dem Kloster deu Besitz entzogen, worauf die Beklagten erkläreu, es sei nicht wahr, dass ihr Oheim jene Schenkung gemacht habe:

absit ut ipse Palumbus suam substantiam vobis dedisset aut tradidisset[2]).

Sehr anschaulich erscheint ferner folgende süditalienische Urkunde aus dem Jahre 982. Der Kläger beschuldigt deu Beklagteu, dass er Besitzungen, die laut vorgelegter Urkunde die Mutter des Klägers rechtmässig erworbeu hat, widerrechtlich in Besitz genommeu habe, und zwar dadurch, dass er durch seine Leute dort habe Gräben anlegen uud Früchte zieheu lassen. Hierauf erkeuut der Beklagte die Urkunde und damit das Recht des Klägers ausdrücklich au, aber die ihm zur Last gelegte Besitzstöruug leugnet er[3]).

Hierher gehören endlich auch die Fälle, in deuen dem Beklagten vorgeworfeu wird, das ihm zu Nutzgenuss verliehene Grundstück durch seiue Bewirthschaftuug verschlechtert und dadurch das Recht des Klägers verletzt zu haben; der Beklagte giebt das zwischen den Parteien besteheude Rechtsverhältniss bereitwillig zu, leugnet aber die Thatsache der Verschlechterung.

So erkläreu drei Libellarii des Bisthums Lucca, die vom Kirchenvogt wegen Verschlechterung des ihuen verlieheueu Gutes belangt werden, zunächst uach Verlesuug der Leihurkunde diese

[1]) Reg. di Farfa II p. 160 n. 197.

[2]) Reg. di Farfa II p. 151 n. 184. Fatteschi p. 284 n. 40 (a. 807).

[3]) Cod. Cav. II p. 166 n. 338. Fast ganz gleich die Urkunde eod. p. 167 n. 339.

sowie die in ihr enthaltenen Strafbestimmungen ausdrücklich an, indem sie die Frage der vorsitzenden Königsboten, ob sie in dem erwähnten Vertragsverhältniss stehen wollten, bejahen; daraufaber erklären sie:

quod ecclesiis casis et rebus ipsis abuerunt et tenuissent et ipsa convenientia fecissent et peiorati non essent[1]).

So erwidern im Jahre 871 zu Lucca die Beklagten dem Vogt des Bisthums, es sei nicht wahr, dass sie die Bestimmungen der Leihurkunde nicht erfüllt hätten, sondern sie hätten den in ihr festgesetzten Zins geleistet[2]).

Das also waren alles Beispiele dafür, dass sich der Beklagte darauf beschränkte seine Antwort in einfaches Leugnen zu kleiden, sei es, dass er dem *malo ordine* ein *non malo ordine* entgegenhielt, die Thatsache des Besitzes also zugab, sei es, dass er schlechtweg die Klagethatsache bestritt. Freilich, wenn wir aus den gesetzlichen Vorschriften entnehmen müssen, dass nach altem Recht diese Art der Klageantwort in rechtsförmlicher Weise unter genauem Anschluss an die Klageworte erfolgen musste, so können wir das aus den Urkunden nicht mehr ersehen, die, wie die angeführten Beispiele zeigen, verschiedene Formulierungen aufweisen. Man wird annehmen können, dass, als die Möglichkeit einer einredeweise gefassten Klagebeantwortung aufkam, jene alte streng formale Erwiderung immer mehr ausser Übung gerieth. Wenn auch später das Recht nichts weiter verlangte, ebenso wie es sich mit der nackten Klagebehauptung begnügte, so wird das praktische Bedürfniss früh nach reicheren Formen gestrebt haben, zumal, wie wir sehen werden, jene knappe Antwort Nachtheile in Bezug auf die Beweisvertheilung zur Folge hatte.

II. Die Klagebeantwortung in Einredeform.

1. Einlassungsverweigerung.

Wir sahen: nach altem Recht zwangen die rechtsförmlichen Worte der Klage den Beklagten, mit entsprechenden Worten

---

[1]) Mem. di Lucca V 2 p. 418 n. 697. Muratori Ant. III p. 168 (853).

[2]) Mem. di Lucca IV 2 p. 52 n. 39 und V 2 p. 492 n. 811. Ughelli I c. 798.

die Klagebehauptung zuzugeben oder zu leugnen, und nur ein solches Zugeben oder Leugnen, ein einfaches Ja oder Nein galt bei dem „formalen Erforderniss der Kongruenz zwischen Klage und Antwort" [1]) als Antwort im technischen Sinn.

Daher waren Einreden in unserem Sinn, die sich zur Klage nicht als ein Ja oder Nein, sondern als ein Aber stellen [2]), nach altem Prozessrecht unmöglich.

War es nun aber auch dem Beklagten verwehrt, durch eine materielle Einrede sich zu vertheidigen, so konnte er doch von jeher, wo es nöthig war, erklären, zu einer rechtsförmlichen Antwort nicht verpflichtet zu sein, er konnte sich weigern, eine rechtsförmliche Antwort zu ertheilen, sich auf die Klage einzulassen.

Als typisches Beispiel für die Weigerung, sich auf den Rechtsstreit einzulassen, tritt uns in den Urkunden die Entgegnung des Beklagten entgegen, er wisse nicht, welches Grundstück Kläger meine; er begehre daher, dass Kläger ihm zunächst den Streitgegenstand genau bezeichne; denn, wenn auch, wie oben ausgeführt, das Recht keine Klagesubstanziierung in unserem Sinn verlangte, so war eine genaue Bezeichnung des Streitgegenstandes naturgemäss unter allen Umständen erfordert.

Derartige Fälle begegnen uns besonders in Italien sowohl in den Formeln des Liber Papiensis (wo die typische Antwort lautet: *nescio de quo dicis*) als auch in zahlreichen Urkunden sehr häufig. Und zwar pflegt nach einer solchen Entgegnung des Beklagten entweder auf seinen Antrag oder von Gerichtswegen ein Lokaltermin anberaumt zu werden, in dem der Kläger die Grenzen des eingeklagten Grundstücks zu weisen hat; es wird der technisch sogenannte *visus terrae* vorgenommen, der, wie Brunner zeigt [3]), auch im altfranzösischen und anglo-normannischen Rechte üblich war. So häufig Beispiele für diese Klagebeantwortung in Italien sind, so selten trifft man sie, was ja auf Zufall beruhen mag, in den anderen Gebieten des fränkischen Reichs. Mir ist nur eine nicht italienische Urkunde bekannt, die mit den italienischen Beispielen verwandt ist; sie

[1]) Brunner Entstehung der Schwurgerichte S. 172.
[2]) Brunner RG II S. 346.
[3]) Schwurgerichte S. 173.

betrifft eine im Jahre 909 zu Nîmes abgehaltene Gerichtsversammlung: der Bischof von Nîmes erhebt wider Airardns Klage nm ein von Gilabertus der Kirche geschenktes Alod; es heisst vom Beklagten:

> *nesciebat de quale alode dicebat*;

darauf giebt der Bischof eine genane Beschreibung (kein *visus terrae)*:

> *de villa que vocant Tillicias, que est in pago Nemausense, in gace Andusiense, in villa Cevena, super fluvio Gardone, quantumque Gilabertus visus fuit manere; in casis, casaniciis, curtis, exavis, ortis, campis, pratis, silvis, garricis, arboribus pomiferis et impomiferis, aquis aquarum vel decursibus earum, in omnia et ex omnibus cum fundis possessionis, quesitum vel adquirendum est, totum et ab integrum.*

Nnn bekennt der Beklagte,

> *se recognovit, quod vere dicebat domnus episcopus,*

und er giebt die Erklärung ab:

> *ego Airardus ipsum alodem supradictum malum ordine teneo, incontra lege*[1]).

Etwas anders verhält es sich in den beiden folgenden italienischen Urkunden.

In einer 820 zu Verona vom Königsboten Bischof Retoldus abgehaltenen Gerichtssitzung klagt das Kloster Nonantnla wider einen gewissen Hucpald um den vierten Theil des Waldes Ostilia. Der Vorsitzende giebt dem Beklagten auf, der wahrscheinlich ähnlich wie in den übrigen Fällen geantwortet hat,

> *ut inquireret de causa hec, si cum legibus haberet, veniret ad plaido, et qua re melius poterit, eam defendat.*

Der Beklagte beauftragt darauf seinerseits seinen Vogt, den Schöffen Raginpert,

> *ut exinde inquirere et ad plaido plenam racionem exinde donaret.*

Im neuen Termin erklären dann der Beklagte nnd sein Vogt, nachdem der Kläger den Klageantrag wiederholt hat,

---

[1]) Nr. 472. Ménard p. 17 n. 4 (hier steht fälschlich *interrogaverunt ne sciebat*). Germer-Durand p. 26 n. 16.

quod nullam racionem justiciam invenire potuissent nec potuerint [1]).

Ferner: im Jahre 857 erhebt zu Lucca der Vogt des Bisthums vor zwei Königsboten wider das Salvatorkloster zu Sesto Klage, dahin lautend:

malo ordine desvestivit episcopium de ecclesia s. Quirici in loco Arme; unde querimus habere iustitiam.

Der Vogt des Kloster entgegnet:

scio basilicam ipsam; sed nescio si pars monasterii Sexto basilicam ipsam habeat; volo inde habere spatium.

Seine Bitte wird gewährt; Parteien geloben im neuen Termin wieder vor Gericht zu erscheinen. Nachdem in diesem der Kläger die Klage wiederholt hat, sagt der Beklagte:

de basilicam ipsam . . . inquisivi pars monasterii Sexto; sed basilicam ipsam sicut — et quo operata est . . . pars monasterii Sexto non contradicit, quia nihil parti eiusdem monasterii pertinet; et de res ad ipsa basilica pertinente, de quibus me mallasti . . . nichil . . ad ipsam basilicam pars monasterii Sexto habet [2]).

Wir können annehmen, dass in diesen beiden Fällen der Beklagte, als Grossgrundbesitzer, nicht über die Rechtsverhältnisse einer jeden ihm gehörigen Besitzung sofort unterrichtet war; er begehrte daher Aufschub, um sich zu informieren, um zu inquirieren, wie die Quellen technisch sagen [3]).

Auch hier also unterlässt es der Beklagte zunächst sich auf die Klage einzulassen, wenngleich er hier wohl kaum das Recht zu einer Verweigerung der Antwort gehabt haben dürfte, wie in jenen Fällen, in denen er wegen mangelnder Präcisierung der Klagebehauptung sich nicht einlassen konnte.

Es braucht kaum ausdrücklich hervorgehoben zu werden, dass es gänzlich verkehrt und willkürlich ist, wenn Opet eine derartige die Einlassung zunächst verweigernde Antwort des Beklagten als Beweis für die Behauptung verwerthen will, es sei in allen solchen Fällen die Klage im Ding gegen den zu-

[1]) Cod. Lang. c. 177 n. 95. Muratori Ant. I c. 461. Tiraboschi Nonantula II p. 41.

[2]) Mem. di Lucca V 2 p. 446 n. 742. Muratori Ant. I c. 557.

[3]) Vgl. Brunner Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 30.



fällig im Gericht anwesenden Beklagten erhoben worden; wenn er auf die Klage antworte, er wisse nicht, um welches Grundstück es sich handle, so zeige das, dass die Klageerhebung dem Beklagten vollständig unerwartet gekommen sei[1]). Davon kann natürlich keine Rede sein. Es liegt nicht der geringste Anhalt für die Annahme vor, dass dem Beklagten eine solche Entgegnung **nur** dann gestattet gewesen wäre, wenn der Prozess durch die Klageerhebung im Ding begonnen wurde, was doch bewiesen werden müsste, wenn diese Entgegnung nichts als die Folge einer Überraschung sein soll.

Auf welche Weise auch immer der Prozess eingeleitet worden ist, wenn beim Klageantrag in den Worten der Klage, die möglicherweise bereits bei der Bannition oder bei dem Streitgedinge ebenso vom Kläger gebraucht worden sind, der Streitgegenstand nicht deutlich genug bezeichnet ist, kann der Beklagte mit dem Verlangen nach genauerer Formulierung die Einlassung zunächst ablehnen. Es ist klar, dass damit ein ganz allgemeines Vorrecht für den Beklagten hergestellt sein soll, ganz gerade so wie im späteren mittelalterlichen Recht, z. B. nach dem Sachsenspiegel, der Beklagte, wenn er im Ding anwesend ist, bei Klagen um Eigen oder Lehn noch zweimal Frist begehren kann und zwar bei der zweiten Bitte, weil er sich noch nicht recht bedacht habe[2]). Ein Rechtssatz, der sich offenbar aus der schon in der fränkischen Zeit gestatteten Einlassungsweigerung entwickelt hat.

2. Materielle Einreden.

Ursprünglich waren, wie bemerkt worden ist, Einreden unmöglich. Der Beklagte musste mit einfachem Ja oder Nein die Klage entweder zugeben oder leugnen, oder er konnte sich weigern, eine solche rechtsförmliche Antwort zu geben.

Aus dieser von jeher gestatteten Möglichkeit, aus formellen Gründen die rechtsförmliche Antwort zu verweigern, hat sich

---

[1]) **Opet** Prozesseinleitungsformen S. 107 ff. **Brunner** RG II S. 515 Anm. 16 fasst seine Kritik dieser Behauptung in ein ihr hinzugefügtes Ausrufungszeichen zusammen.

[2]) **Homeyer** in seiner Ausgabe des Richtsteig Landrechts S. 450; Ssp LR II 3 §§ 1, 2; Richtsteig 23 § 3, 21 § 4.

nun, wie wir aus Brunners Darstellung[1]) lernen, die Möglichkeit entwickelt, materielle Einreden geltend zu machen. Die Einreden fallen ursprünglich „unter den Gesichtspunkt rechtmässiger Verweigerung der Antwort." Wie von jeher der Beklagte hatte erklären können: ich brauche nicht zu antworten, weil ich nicht weiss, um was Du klagst, oder weil Du ein unfreier Mann bist u. dgl.[2]), so kann er erklären z. B.: ich brauche nicht zu antworten, weil ich für mein Recht eine Urkunde habe. Das ist ein Beispiel, das uns gerade für den Immobiliarprozess bereits die Lex Ribuaria bietet[3]). Es heisst in der Lex Ribuaria ausdrücklich, es sei das eine Antwort ohne Tangano, d. h. keine Antwort im Rechtssinn, sondern vielmehr die auf einem materiellen Rechtsgrunde beruhende Weigerung, eine solche Antwort im Rechtssinn zu ertheilen.

Und so entsteht denn ganz allgemein für den Beklagten die Möglichkeit, in der Klageerwiderung bereits sich auf sein Recht zu berufen, nicht allein mit einem schlichten Nein, sondern auch mit einem Ja, aber, d. h. mit einem motivierten Leugnen zu antworten. Eine derartige Klagebeantwortung bewirkte, wie später weiter auszuführen sein wird, eine für den Beklagten vorteilhaftere Vertheilung der Beweisrollen; während bei der technischen Antwort, dem einfachen Leugnen, der Kläger zum Beweis seiner Behauptung gelangen konnte, sicherte die Berufung auf das eigene Recht, das motivierte Leugnen dem Beklagten zunächst den Beweisvorzug. Daher erklärt es sich, dass, nachdem einmal das Recht die Möglichkeit einer solchen Klagebeantwortung in Einredeform anerkannt hatte, sie vom Beklagten in allen Fällen, wo es irgend möglich war, angewendet wurde. In der überwiegenden Mehrzahl der Urkunden aus fränkischer Zeit begegnet der Beklagte dem Klagevorwurf damit, dass er sein Recht zu der ihm vorgeworfenen Handlung oder Besitzausübung behauptet. Auf die Klage *malo ordine possides* er-

---

[1]) RG II S. 346.

[2]) Brunner RG II S. 347.

[3]) Lex Rib. 59, 8: *Si quis iudicio interpellatus cartam per manibus habuerit, nulle ei male ordine vel invasio requeratur; quia dum interpellatus respondit ad interrogatione: 'Sta tu', et sine tangano loquatur et dicat: 'Non male ordine, sed per testamentum hoc teneo'.*

widert er, rechtmässiger Besitzer zu sein, in rechtmässiger Weise den Besitz erworben zu haben. Er beruft sich in der Klagebeantwortung auf originären oder derivativen Rechtserwerb, so wie der Kläger seine Klage mit der Behauptung originären oder derivativen Rechtserwerbs stützen konnte.

Wollen wir die verschiedenen Fälle einer solchen Klagebeantwortung betrachten, so empfiehlt es sich, hier von der Berufung auf derivativen Rechtserwerb auszugehen und zwar zunächst von dem Fall, dass der Beklagte sein Recht aus einem mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäft ableitet, den Besitz von einem Dritten unter Lebenden erworben zu haben erklärt. Denn es spricht manches dafür, dass eine derartige Erwiderung die früheste gewesen ist, die neben das einfache Leugnen sich stellte. Später wird dann die Berufung auf Erbrecht zu erörtern sein.

Der Beklagte, der erklärt, das Gut von einem Dritten erworben zu haben, beruft sich auf diesen Dritten als auf seinen Gewährsmann. Und nun lässt eine vergleichende Erwägung der erhaltenen Zeugnisse erkennen, dass diese Berufung auf einen Gewährsmann ursprünglich nichts anderes gewesen ist, als eine Erklärung des Beklagten, sich selbst auf den Rechtsstreit nicht einlassen zu wollen. Der Beklagte nennt seinen Gewährsmann, d. h. denjenigen, gegen den der Kläger von Rechtswegen seine Klage zu richten hat. Die Berufung auf einen Gewährsmann ist ursprünglich keine Antwort auf die Klage, sondern die Verweigerung einer Antwort seitens des Beklagten. Aber sie erfüllte die Zwecke einer materiellen Einrede. Ja sie war die einzig mögliche Form, in der ursprünglich derivativer Rechtserwerb vom Beklagten geltend gemacht werden konnte. Das ergiebt sich aus Folgendem.

Auszugehen ist von der feststehenden Thatsache, dass im germanischen Recht die prozessualische Stellvertretung freier und selbmündiger Personen so gut wie unbekannt war.

Mit dieser Thatsache in Verbindung zu setzen ist die Entwicklung, die das deutsche Recht älterer Zeit in Bezug auf die Eigenthumsübertragung, im besonderen in Bezug auf die Übertragung von Liegenschaften durchgemacht hat.

Wie schon in unserer Einleitung hervorgehoben wurde, haben sich die Formen des Immobiliarverkehrs später als die

für die fahrende Habe geltenden Bestimmungen und zum Theil als deren Nachbildungen entwickelt.

Waffen, Kleider, Schmuckgegenstände, Thiere gingen von einer Hand in die andere zu einer Zeit, als ein Wechsel im Grundbesitz nur erst in der Form stattfand, dass etwa ein Rechtsverband eine neue Flur in seine Bewirthschaftung nahm u. dgl.

Bewegliche Gegenstände gingen in das volle Eigenthum des neuen Erwerbers erst dann über, wenn sie der alte Eigenthümer in dessen Hand gegeben, aus seiner Hand völlig und gänzlich entlassen hatte. Ein solcher durchgreifender äusserlich sichtbarer Wechsel des bisherigen Rechtszustandes war bei ihnen stets leicht zu erreichen. Nicht so bei Liegenschaften, als die steigende Kultur auch sie in den Kreis des Rechtsverkehrs zog.

Der Eigenthümer konnte das Grundstück nicht emporheben, es in die Hand des Erwerbers legen und so allen Leuten zeigen, dass er nicht mehr dessen Herr sei.

Bekanntlich hat das deutsche Recht Rechtsformen ausgebildet, durch welche dieser thatsächlich unmögliche Vorgang in symbolischer Weise vollzogen wurde.

Wir müssen aber berücksichtigen, dass Zeit nöthig war, um diese Formen zur Ausbildung zu bringen. Sobald ein Immobiliarverkehr entstand, mag sich ja überall der Brauch von selbst eingestellt haben, dass die Parteien auf dem Grundstück gewisse Handlungen vornahmen, dass der bisherige Eigenthümer einen Theil des Grundstücks, eine Scholle u. dgl., dem Erwerber überreichte und dann aus dem Grundstück herausschritt; aber gewiss waren überall häufige Wiederholungen derartiger Fälle nöthig, bis sich an diese Handlungen stets die gleichen rechtlichen Folgen knüpften, bis sie Rechtsgeschäfte wurden.

Bis sich jedoch ein solches Rechtsgeschäft ausgebildet hatte, war ein rechtlicher Übergang des Eigenthums an Liegenschaften durch Rechtsübertragung unmöglich. Wirthschaftlich mag man schon viel früher den beabsichtigten Zweck erreicht haben; die aber für das Recht allein entscheidende Wirkung trat nicht ein: der neue Erwerber konnte nicht selbst das Gut vor Gericht vertheidigen oder es einklagen.

Hätte nun das Recht die prozessualische Stellvertretung

gekannt, so hätte es den neuen Eigenthümer als Stellvertreter des früheren vor Gericht zulassen können. Da aber das nicht der Fall war, so blieb dem neuen Erwerber nichts übrig, als sich an den früheren zu wenden; dann hatte dieser, der dem Recht ja immer noch als der Eigenthümer galt, den Streit auszufechten. Dass freilich damit keine Sicherheit für den Verkehr gegeben war, leuchtet ein; denn war der neue Erwerber Beklagter, so brauchte bloss der von ihm benannte frühere Besitzer zu erklären, er weigere dem Kläger jede Antwort, so war der Kläger nicht im Stande, sein Recht zu erhalten; oder der neue Erwerber selbst war Kläger, dann konnte der von ihm Beklagte ihm entgegnen, er habe ja gar kein Recht das Gut einzuklagen, und weigerte sich dann sein Vorgänger, dies für ihn zu thun, so war auch er ohne rechtlichen Schutz.

Die Kraft der Rechtsbildung musste daher darauf gerichtet werden, an Stelle dieser Unsicherheit Sicherheit zu schaffen. Nun hätte es gewiss nahe gelegen, die Übertragungsformen schnell mit einer derartigen Wirksamkeit auszustatten, dass sie wie bei fahrender Habe so auch bei liegendem Gut die volle rechtliche Herrschaft, also auch die gerichtliche Vertretung in die Hand des Erwerbers gelegt hätten.

Aber das deutsche Recht ist diesen Weg nicht gleich gegangen, es hat erst einige Schritte auf einem anderen gethan. Es hat dem früheren Eigenthümer die rechtlich bindende Verpflichtung auferlegt, für seinen Nachfolger einzutreten oder vielmehr als noch immer fortdauernder Eigenthümer die einem solchen zukommenden prozessualischen Rechte und Pflichten weiterhin anszuüben. Es bildete eine Gewährschaftspflicht aus.

Wollte der Beklagte sein Recht damit vertheidigen, dass er es von einem Dritten rechtmässig erworben zu haben behauptete, so war ihm kein anderer Weg offen, als diesen Dritten als Gewährsmann zu benennen, und dieser Dritte musste wegen der bestehenden Gewährschaftspflicht die Gewähr übernehmen.

Dass es eine Zeit gegeben hat, in der diese Art der Vertheidigung die einzige und in Folge dessen die Gewährschaftspflicht eine allgemeine war, dafür sind noch eine Reihe sicherer Anhaltspunkte vorhanden.

Zuerst sei daran erinnert, dass, wie im ersten Kapitel be-

reits erwähnt worden ist, in der Decretio Childeberti II. von 596 für „Klagen" auch in Bezug auf den Immobiliarprozess der Ausdruck *intertiare* gebraucht wird (siehe oben S. 23).

Der Ausdruck *intertiare*, der sonst nur bei Mobiliarklagen begegnet, bedeutet, so sahen wir, die Klageerhebung durch Anefang, er bedeutet den objektiv formulierten Vorwurf rechtswidrigen Besitzes, er bedeutet die Frage: von wem hast Du die Sache? er veranlasst den Besitzer, sich auf den Dritten, von dem er die Sache hat, zu berufen, sich an die dritte Hand zu ziehen, den Gewährsmann zu nennen. Der Ausdruck *intertiare* besagt also, dass dem Beklagten keine andere Vertheidigung als die der Berufung auf den Gewährsmann gestattet ist; wird daher der Ausdruck *intertiare*, wie in unserer Quelle, schlechthin für „Klagen" gebraucht, so bedeutet das, dass überhaupt bei jeder Klage nur diese Vertheidigung gestattet war. Unsere Quelle zeigt uns also, dass es noch zu Ende des sechsten Jahrhunderts keine andere Vertheidigung als die der Berufung auf den Auktor gab. Entweder der Beklagte gab die Klagebehauptung zu oder leugnete sie schlechtweg oder aber, wenn er sich wehren wollte, benannte er den Auktor. Vielleicht kann man daraus entnehmen, dass die Berufung auf originären Erwerb, auf Okkupation, erst später aufgekommen, dass die Einrede rechtmässigen Erwerbes von einem Dritten die älteste gewesen ist. In der Bezeichnung der Klage als *intertiare*, in der Nothwendigkeit also den Auktor zu stellen und in dessen Pflicht, in den Rechtsstreit einzutreten, sehen wir deutlich den ursprünglich strafrechtlichen Charakter auch der Immobiliarklage ausgedrückt[1]. Wie bei der Klage um Diebstahl das Dritthandverfahren denjenigen zur Antwort zwingen will, der den Diebstahl begangen hat, so ist hier der Auktor zu stellen als derjenige, von dem das Delikt der Landnahme begangen worden ist.

Zweitens: in einer Reihe merowingischer Königsurkunden aus den Jahren 692 bis 726 finden wir die ausdrücklich dem Auktor auferlegte Pflicht, die Gewährschaft zu übernehmen. Es sind Scheinprozesse, in denen der Beschenkte sich vom Schenker die Schenkung bestätigen lässt; der Schenker verpflichtet sich, nöthigenfalls jene Auktorpflicht zu erfüllen. Es genügt, als Bei-

---

[1]) Brunner RG II S. 516.

spiel den Inhalt der ersten Urknnde anzuführen. König Chlodowech III. bestätigt dem Abt von St. Denis Besitznngen, die die Nonne Angantrnde soeben dem Kloster geschenkt zu haben gerichtlich anerkannt hat.

Er fügt zum Schluss der Bestätigung hinzu, dass, wenn dem Kloster späterhin die Nothwendigkeit entstehen sollte *(fuerit necessitas)*, d. h. wenn der Besitz von Dritten angefochten werden würde, dann solle die Schenkerin oder ihre Erben das Kloster

in autericio exinde contra quemlibet studiant defensare.

Dann also soll die Schenkerin als frühere Besitzerin oder ihre Erben für die Beklagten die Gewährschaftspflicht übernehmen nnd an deren Stelle, die sich nach den Erfordernissen des Rechts auf sie berufen werden, in den Prozess als Partei eintreten nnd als solche dann die Rechtmässigkeit der Schenkung beweisen und damit das Recht der Beschenkten vertheidigen; das Verfahren, in dem dies zu geschehen hat, wird technisch *autoricium* genannt[1]). Ganz die gleiche Formel findet sich in den übrigen Urkunden[2]).

Drittens kommt eine Formel in späteren cavenser Urkunden in Betracht, auf die bereits Brnnner hingewiesen hat[3]).

In diesen Urkunden handelt es sich nm Schenkungen, in denen dem Beschenkten das Recht selbständiger Defensio gewährt wird; es wird also in ihnen das Gegentheil, wie in den besprochenen merowingischen Königsurkunden festgesetzt. Die Beschenkten brauchen sich nicht auf den Schenker, den Auktor, zu berufen; sie sollen vielmehr in eigener Person den Auktor vertreten dürfen. Das wird z. B. in einer Urkunde von 993 ausdrücklich ansgemacht[4]). In einer anderen von 940 räumt der Gewährschaftspflichtige, der Schenker, dem anderen Theile die Befugniss ein:

si autem volueritis per vos ipsi exinde esse auctores et

---

[1]) Nr. 37. DDM p. 56 n. 64.

[2]) Nr. 39. DDM p. 60 n. 68 (695); Nr. 53. DDM p. 67 n. 76 (709); Nr. 56. DDM p. 70 n. 79 (711); Nr. 60. DDM p. 84 n. 94 (726).

[3]) Zeitschrift für Handelsrecht XXII (1877) S. 127.

[4]) Cod. Cav. III p. 6 n. 463.

> *defensores, liceat vos vice nostra exinde causare et omnia agere,* quamquam nos debuerimus, *et vobis eos defensare*[1]).

Ans diesen Worten geht mit der allerbestimmtesten Sicherheit hervor, dass man im allgemeinen noch von der Anschauung ausging, der Auktor habe im Zweifel die Pflicht die Gewährschaft zu übernehmen, dass man es aber für statthaft hielt, bei Einverständniss der Parteien im Einzelfall durch ausdrückliche Erklärung diese Pflicht aufznheben. In diesem Zusammenhang kann auch auf eine in einer septimanischen Urkunde von 862 gebranchte Wendung hingewiesen werden. Der Beklagte behanptet, er habe die streitigen Grnndstücke von Petrus gekauft; anf diesen seinen Auktor beruft er sich,

> *qui ipsas res mihi in legibus autoricare debet*[2]).

In den späten Zeiten, denen die erwähnten cavenser Urkunden angehören, konnte der Auktor sich selbst von dieser von ihm ansdrücklich als Regel anerkannten Verpflichtung befreien, er konnte den Erwerbern das Recht einräumen, ihn zu vertreten, *loco auctoris stare*[3]), *vice auctoris* zu verhandeln. Das hat seinen Grund in der nnten noch hervorzuhebenden Unbehülflichkeit des durch die Gewährschaftspflicht bedingten Verfahrens, zu deren Abhülfe man im 10. Jahrhundert aus eigner Machtvollkommenheit schreiten konnte.

Nicht so im siebenten. Das zeigt nns eine der Marculfschen Formeln, die für unsere Frage von grosser Wichtigkeit ist[4]). In dieser Formel gewährt der König einem Kirchenfürsten anf dessen Vortrag, es seien viele der Wohlthäter der Kirche, die ihr Schenknngen gemacht hätten, erbenlos verstorben, das erbetene Privileg, dahin lantend, dass wenn jemand

> *per quodlibet ingenium de ipsas res eum inquietare voluerit,* der Bischof *seo advocatus eius* in vice auctorum suorum *causas ipsius licentiam habeat adsumendi vel*

---

[1]) Cod. Cav. I p. 216 n. 168.

[2]) Nr. 359. Vaissete II c. 331 n. 161. LSch p. 44 n. 64. Th p. 128 n. 94.

[3]) Das ist der technische Ausdruck der langobardischen Quellen. Vgl. Brunner RG II S. 354 Anm. 2.

[4]) Marc. I 36 MGF p. 66. Auf diese Formel weist Brunner Zeitschrift für Handelsrecht XXII S. 238 hin. Vgl. jetzt auch Brunner RG II S. 354 Anm. 2, 516 Anm. 22.

omallandi, et per eorum instrumenta aut de annis ipsa rem, unde tunc a quemlibet inquietare videntur, partibus ecclesiae . . . cum aequitatis ordine respondendi vel omallandi seu per annis contra quemcumque saciendi.

Also ein königliches Privileg, das an Stelle des strengen Rechts den *ordo aequitatis* setzt, ist erforderlich, damit der Bischof in eigenem Namen klagen und auf eine Klage antworten könne. Und zwar dann, wenn der Auktor erbenlos verstorben, eine Bernfung auf ihn also unmöglich geworden ist.

An und für sich also wäre in einem solchen Fall nach dem strengen Recht jede Vertheidigung ausgeschlossen gewesen; nur durch ein königliches Privileg wird eine vereinfachte Art der Vertheidigung ermöglicht; der Privilegierte darf sich, wie wenn er selbst der erste Erwerber wäre, auf originären Besitzerwerb oder auf Urkunden bernfen.

Der Rechtszustand also, unter dem ein solches königliches Privileg ertheilt werden konnte, hatte noch keine Formen für einen wirklichen Verkehr mit Liegenschaften gefunden. Der schwache Ersatz für rechtswirksame Übertragungsformen war lediglich die strenge Verpflichtung des Besitzers, seinen Auktor zn benennen, und dem entsprechend die strenge Verpflichtnng des Auktors, der an ihn gerichteten Anfforderung Folge zu leisten.

Wollte man nach Analogie späterer Zustände einwenden, auch damals habe die Verpflichtung des Auktors nur dann bestanden, wenn ausdrücklich das Recht des augenblicklichen Besitzers darum bestritten wurde, weil das Recht seines Rechtsvorgängers anfechtbar war, so mnss erwidert werden, dass eben diese Unterscheidung erst von dem Augenblick eintreten konnte, in welchem dem Besitzer ein eigenes Recht an der Sache, das auf der Übertragungsform beruhte, zuerkannt war; in jener ältesten Zeit handelte es sich überhaupt nnr um das Recht des Auktors, sobald Rechtserwerb von einem Dritten der Klage entgegengehalten wurde.

Es war natürlich, dass sich dieser Rechtszustand, der nur eine Vertheidigung durch Auktorstellung gestattete, nicht halten konnte.

Es gelang dem Recht, eine wahrhaft rechtsbegründende Übertragungsform anch von Liegenschaften anszubilden: die

Investitur, zunächst die auf dem Grundstück selbst vorgenommene, körperliche Übertragung und Besitzräumung verbindende reale Investitur, später die ausserhalb des Grundstücks vollzogene symbolische, der sich an Stelle des thatsächlichen *exire* ein *se exitum dicere* anschloss, als hauptsächlichste und bei allen Stämmen angewendete Form die *investitura per cartam*, als Investitur durch förmliche Urkundenbegebung.

Damit war auch für den Prozess eine breitere Grundlage gewonnen.

Überall, wo eine Investitur, sei es eine reale oder eine symbolische, stattgefunden hatte, genügte es, auf sie das Recht zu stützen. Darum wurde die Frage, ob eine solche stattgefunden hatte, zum Beweise gestellt. Der Beklagte entgegnete jetzt, wenn er sich auf Rechtserwerb von einem Dritten berufen wollte, so, dass er behauptete, durch reale oder symbolische Investitur habe er den Besitz erworben, und dann hatte er, nicht der frühere Besitzer, diese Investitur zu beweisen. Nur in einem Falle musste die Berufung auf den Dritten beibehalten werden; dann, wenn ausdrücklich dessen Recht zur Vornahme der Investitur in Zweifel gezogen wurde.

Das nun ist der Zustand, den uns im allgemeinen die Quellen der fränkischen Zeit zeigen.

Es sollen zunächst die wenigen Stellen der Volksrechte, in denen von der Berufung auf den Auktor die Rede ist, erwähnt werden.

In Betracht kommt einmal eine Stelle der Lex Ribuaria [1]. In ihr wird noch die alte strenge Gewährschaftspflicht *(virire = defendere debent)* erfordert in dem Fall, dass die Übertragungsurkunde angefochten wird und der Aussteller oder seine Erben noch leben. Der Beklagte also, so können wir annehmen, hatte sich auf *investitura per cartam* berufen; darauf aber hatte der Kläger behauptet, die Urkunde sei rechtsungültig, weil der Gewährsmann sie nicht habe ausstellen dürfen oder durch ihre Ausstellung ein klägerisches Recht verletzt habe. Derartige Fälle sind, wie wir sehen werden, auch urkundlich häufig bezeugt. Ich möchte jedoch nicht mit Heusler mich so ausdrücken,

[1]) Lex Rib. 59, 6: *Quod si vindetur (venditor) vel heredes suae supervixerint, ipsi testamentum virire debent aut multa incurrere.*

dass eine in gehöriger Form über das Rechtsgeschäft aufgenommene Urkunde Ersatz für Stellung des Gewährsmanns geboten habe [1]), sondern der stattgehabte rechtswirksame Akt der Übertragung ist das entscheidende. War er durch Urkundenbegebung geschehen, so war sie das Beweismittel; war er körperlich vorgenommen worden, so musste die körperliche Investitur mit zugegen gewesenen Zeugen bewiesen werden. Wird die Urkunde angefochten, so wird damit behauptet, das durch sie vollzogene Rechtsgeschäft sei ungültig gewesen. Es ist der Akt der Investitur, dessen rechtswirksame Vollziehung von der einen Partei behauptet, von der anderen bestritten wird.

Eigenthümlich ist eine als Extravagante zur Lex Salica bezeichnete Stelle, ein Stück aus einer frühestens in der Mitte des 9. Jahrhunderts in Italien entstandenen Privatarbeit [2]). Sie stellt den Satz auf, Niemand dürfe etwas anderes *sterchire nisi quod ei ex hereditate venit;* d. h., wenn das ungewöhnliche Wort *sterchire* mit bestärken *(firmare)* übersetzt werden darf, Niemand soll in Betreff einer anderen als einer ererbten Sache sein eigener Gewährsmann sein [3]). Also scheinbar wieder die ganze Strenge des Prinzips der Gewährschaftspflicht; denn dass verstorbene Erblasser nicht herangezogen werden konnten, hat sich immer von selbst verstanden. Die Stelle fährt nun aber folgendermassen fort: bei anderen (also nicht ererbten) Sachen aber, die ein Franke von einem Franken erwirbt und jener, der sie verkauft hat *(vendit)*, lebt, da muss der Erwerber beweisen, dass sie der Verkäufer am Tage des Verkaufs *quieto ordine* besass, und zwar, wie wir hinzufügen können, dadurch, dass er den Auktor benannte. Hiergegen, *contra istum* d. h. gegen den

---

[1]) Gewere S. 33.

[2]) Extravagante B. VII, bei Behrend S. 122, 123; bei Hessels S. 421: *Nihil homo sterchire debet nisi quod ei ex hereditate venit. Alias [vero res], quas Francus adquirit ex Franco homine, et ille vivus est qui vendit, debet ille alius, qui ex eo comparavit, probare quia in sua proprietate habebat eo die illas res quando ille vendidit quieto ordine, et postea dari testes contra illum. Et si ille mortuus est, qui vendidit, debet probare quia illo die quando sibi vendidit [in sua] proprietate habebat quieto ordine, et mortuus est, et non debet ille [alios] testes dare super istius testes.*

[3]) So ungefähr übersetzt Behrend die Stelle in seinem Wortregister S. 159.

Auktor, können vom Kläger Zeugen gestellt werden. Also dann tritt der Auktor als Partei ein. Ist er aber gestorben, so muss der Känfer beweisen, wiederum dass sein Auktor Besitzer *quieto ordine* war, ausserdem, dass er gestorben war; nnd stellt er dafür Zeugen, so darf der Kläger nicht Zengen dagegen aufstellen. Also hieraus würde sich ergeben, dass jedes auf Grund eines Kaufgeschäftes erlangte Eigenthum, wenn es bestritten wurde, nur durch Bernfung auf den Auktor bewiesen werden konnte. Ich glaube jedoch nicht, dass man die Stelle in dieser Allgemeinheit verstehen darf; denn zahlreiche Urkunden aus jener Zeit zeigen uns, dass durch Kauf erworbener Besitz stets in erster Linie durch die Kaufurkunde bewiesen wurde; erst wenn diese bestritten wurde, oder wenn eine solche nicht vorhanden war, kam der Auktor in Betracht. Diese Beschränkung also muss anch für unsere Stelle gelten; sie spricht zwar nicht davon, dass nur unter gewissen Bedingnngen das in ihr geschilderte Verfahren praktisch wurde, wir haben aber anzunehmen, dass auch von ihr die rechtliche Verpflichtnng, statt des *sterchire* den Anktor zu benennen, nur in den angegebenen Fällen verlangt wurde. Will man jedoch die Stelle wörtlich interpretieren, so muss man sie zu den oben besprochenen Qnellenzengnissen zählen und in ihr ein Zeichen dafür erblicken, dass anch noch in jener Zeit die theoretische Ansicht von dem Standpunkt ausging, es sei stets der Auktor zu benennen, damit er als Partei in den Prozess eintrete nnd selbst sein Recht beweise.

In diesen Zusammenhang gehört ferner eine wichtige Stelle des bairischen Volksrechts. Es sei bemerkt, dass im Mobiliarprozess der fränkischen Zeit die durch Anefang angeschlagene Sache, wenn sich der Besitzer auf einen Gewähren berief, dem im Gericht erschienenen Gewähren übergeben wurde, damit er nun prozessualisch für die Sache einstehen konnte [1]. Das entsprechende bezweckt nach dem bairischen Volksrecht bei Immobilien das Rechtsgeschäft der Firmatio [2]. Die Firmatio ist ein

---

[1]) Brunner RG II S. 504 ff.

[2]) „Über das *firmare* des älteren bairischen Rechts" handelt Merkel Zeitschrift für Rechtsgeschichte II (1863) S. 101—174; vgl. ferner Heusler Gewere S. 31 ff.; Brunner Rechtsgeschichte der Urkunde I (1880) S. 266

dem bairischen Recht eigenthümlicher rechtsförmlicher Akt, durch den eine vollzogene Veräusserung anerkannt wird. Sie besteht in der Wiederholung des Traditionsaktes von Seiten des Anerkennenden. Sie wird zumal bei Schenkungen auf den Todesfall und bei Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs verwendet, häufig alle fünf Jahre wiederholt. Die nochmalige Vornahme eines bereits rechtsgültig vollzogenen Rechtsgeschäfts soll diesem eine erhöhte Sicherheit geben. Ganz in der gleichen Funktion verwendet nun das bairische Volksrecht die Firmatio im Liegenschaftsprozess[1]). Es hat Jemand von einem anderen ein Grundstück gekauft. Ein Dritter erhebt gegen den Käufer Klage. Nun wendet sich der Beklagte, der Käufer, an seinen

bis 269; meine Abhandlung über die *donationes post obitum* und die Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs im älteren deutschen Recht (1888) S. 57 ff.; und jetzt als für die Ausführungen im Text besonders massgebend die Bemerkungen Brunners RG II S. 516.

[1]) Lex Baiuw. App. IV: *De his qui propriam alodem vendunt vel quascunque res, et ab emptore alter abstrahere voluerit et sibi sociaret in patrimonium, tunc dicat emptor ad venditorem: Terram, aut quaecunque fuerit res, abstrahere mihi vult vicinus meus, dicens quod sua fuerit. Et iste respondet: Ego quod tibi donavi, cum lege integra et verbis testificatione firmare volo. Super septem noctes fiat constitutum. Si dicit, cum utrisque utraeque partes conveniunt: Cur invadere conaris territorium quod ego iuste iure hereditatis donavi? Ille alius contra: Cur meum donare debuisti, quod antecessores mei antea tenuerunt? Iste vero dicit: Non ita, sed mei antecessores tenuerunt et mihi in alodem reliquerunt, et vestita est illius manus cui tradidi et firmare volo cum lege. Si statim voluerit, liberam habeat potestatem. Sin autem, postea super tres dies aut quinque aut certe septem ea ratione firmet. Per quatuor angulos campi aut designatis terminis per haec verba tollat de ipsa terra, vel aratrum circumducat, vel de herbis aut ramis, silva si fuerit: Ego tibi tradidi et legitime firmabo per ternas vices. Dicat haec verba et cum dextera manu tradat, cum sinistra vero porrigat wadium huic, qui de ipsa terra eum mallat, per haec verba: Ecce wadium tibi do, quod terram tuam alteri non do, legem faciendo. Tunc ille alter suscipiat wadium et donet illum vicessoribus istius ad legem faciendum. Si causa fuerit inter illos pugnae, dicat ille qui wadium suscepit: Iniuste territorium meum alteri firmasti, id est farsuirotos; ipsum mihi debes reddere et cum duodecim solidis componere. Tunc spondeant pugnam duorum et ad Dei pertineat iudicium. Sin autem, cum sacramento se defendat, id est cum duodecim, quod suam terram iniuste non firmaret alteri nec suae ditioni restituere deberet, nec cum duodecim solidis componere.* — Es ist falsch, mit Merkel einen Unterschied zwischen der ausserprozessualischen und der prozessualischen Firmatio anzunehmen; in beiden Fällen ist und bezweckt sie dasselbe.

Gewährsmann, den Verkäufer, nnd macht ihm von der Klageerhebung Mittheilung. In dieser Mittheilnng liegt die Aufforderung an den Verkäufer, die Gewährschaft zu übernehmen. Dann mag jener sich dazu bereit erklären; mit den Worten *ego quod tibi donavi cum lege integra et verbis testificatione firmare volo* erklärt er, in der vom Recht vorgeschriebenen Form die Firmatio vornehmen zu wollen. Wir können aus diesen Worten entnehmen, dass das bairische Gesetz zugleich Fälle im Sinne hat, in denen sich der Angesprochene weigern kann, möglicherweise weil der Beklagte versehentlich oder wissentlich sich an einen Dritten gewendet hat, der gar nicht Gewährsmann ist. Die rechtsförmliche Firmatio findet nnn nach einer Frist von sieben Nächten vor Gericht statt. Nachdem der Kläger nunmehr dem Gewährsmann gegenüber seine Klage formuliert hat und zwar dahin, dass er widerrechtlich ihm nicht gehöriges Eigen übertragen habe, und nachdem eventuell eine neue Frist verstrichen ist, nimmt dieser die Firmatio vor. Es geschieht in der Art, dass er durch körperliche Investitur nochmals das Grundstück überträgt und zugleich dem Kläger durch Überreichung eines Wadium sich verpflichtet, als Partei auf den gegen ihn gerichteten Klagevorwurf zn antworten. Damit hat sich der Prozess aus einem zwischen Kläger und Besitzer in einen zwischen Kläger und Gewährsmann geführten verwandelt. Vorher aber ist die Investitur an den Beklagten wiederholt worden. Gegenüber also dem hervorgehobenen Verfahren im Mobiliarprozess wird hier nicht eine Übertragung des Streitgegenstandes an den Auktor vorgenommen [1]). Im Gegentheil, die Vestitur erfolgt seitens des Auktors zn Gunsten des Beklagten. Aber dadurch, dass der Auktor die Vestitur vornimmt, nicht also ein neues Rechtsgeschäft vollzieht, sondern das früher von ihm vollzogene feierlich und förmlich anerkennt, zeigt er zugleich in der nnzweideutigsten Weise, dass er die Folgen jenes früheren Rechtsgeschäftes auf sich zn nehmen gewillt ist. Ist der Gewährsmann nicht im Stande, die Vertheidigung durchzuführen,

---

[1]) Brunner weist RG II S. 516 Anm. 24 darauf hin, dass eine derartige Uebertragung dem späteren sächsischen Recht auch bei Immobilien bekannt war, Ssp Ldr. III 83 § 3.

so muss er das Grundstück an den Kläger herausgeben [1]). Dann aber hat der ursprünglich Beklagte gegen ihn einen Anspruch auf Ersatz.

Ein Beispiel für einen solchen Fall bietet uns eine bairische Urkunde von 828 [2]). Wir können ihr folgenden Thatbestand entnehmen. Ein gewisser Chonorat hatte wider die Freisinger Kirche um den Ort Smeoha Klage erhoben. Die beklagte Kirche hatte sich auf ihren Gewährsmann Alprich bezogen, der ihr den Ort geschenkt hatte. Alprich war als Auktor in den Prozess eingetreten; aber *ipsam traditionem firmare et stabilire non potuit.* Vielmehr war der Ort an den Kläger herausgegeben worden. Nun verlangte die Kirche von Alprich Schadensersatz, und der Königsbote befiehlt ihm, *legaliter iustitiam facere*; er vollzieht darauf eine neue Schenkung an die Freisinger Kirche.

Wir sehen also, auch im bairischen Recht tritt die Berufung auf den Gewähren nur dann ein, wenn der Kläger die Gültigkeit des von jenem vollzogenen Rechtsgeschäfts bestreitet; dann genügt es nicht, dass sich der Beklagte auf die Investitur beruft; dann muss vielmehr der Auktor selbst sein Recht zur Investitur beweisen. Das bairische Recht steht also auf dem gleichen Standpunkt, den uns vorhin die Lex Ribuaria zeigte; seine Eigenthümlichkeit beruht nur in der besonderen rechtsförmlichen Art, in der der Auktor sich seiner Gewährschaftspflicht unterzieht.

Dieses Ergebniss der bisherigen Erörterungen, die Beschränkung der ursprünglich allgemeinen Nothwendigkeit den Auktor in den Rechtsstreit hereinzuziehen, auf diejenigen Fälle, in denen entweder ein rechtsgültiger Übertragungsakt nicht bewiesen werden konnte oder in denen das Recht des Auktors ausdrücklich angefochten wurde, bestätigt sich, wenn wir die einzelnen urkundlich überlieferten Prozesse betrachten, in denen der Auktor eintrat.

Von den merovingischen Scheinprozessen ist schon oben die Rede gewesen; es findet sich, wie hervorgehoben, in ihnen der technische Ausdruck *autoricium* (S. 109 f.).

Neben diese Königsurkunden ist eine im wesentlichen mit

---

[1]) **Brunner** RG II S. 517.

[2]) Nr. 260. Meich. I 2 p. 278 n. 530.

ihnen übereinstimmende Formel zu stellen; sie schildert gleichfalls einen Scheinprozess der besprochenen Art[1]).

Um einen wirklichen Rechtsstreit dagegen handelt es sich in einer der Sammlung von Angers angehörigen Formel. Im Gericht des Grafen wird wegen unrechtmässigen Betretens von Weinbergen, also wegen Besitzstörung, Klage erhoben. Darauf erwidern die Beklagten:

> *quod auctore habebant legitimo nomen illo maiore, qui ipsa vinia ad eos dedissi*[2]).

Den Beklagten wird durch Urtheil auferlegt, diesen Auktor in einem neuen Termin zu stellen, anderenfalls die Weinberge zu revestieren. Wenn hier Berufung auf den Auktor erfolgt, so geschieht es möglicherweise, weil ein rechtsgültiger Erwerbsakt nicht behauptet werden kann; ja es ist nicht ausgeschlossen, dass unsere Formel noch der Zeit angehört, die einen rechtsgültigen Erwerbsakt von Liegenschaften noch nicht kannte, so dass hier kein anderes Mittel als Auktorbenennung möglich war. Übrigens verwendet auch sie den technischen Ausdruck *autericium*[3]). Eine mit ihr zusammengehörige Formel zeigt dann, was in diesem *autericium* geschieht: der Beklagte bleibt aus, worüber dann dem Kläger eine Notitia ausgestellt wird[4]).

Anf Auktorbeweis bezieht es sich auch, wenn in einer anderen fränkischen Formel der Kläger den Beklagten fragt, dnrch wen er sich zur Sache ziehe *(sacire)*; allerdings vermag in diesem Fall der Beklagte dann einen anderen Rechtsgrund anzngeben, indem er sich auf Erwerb durch Erbgang beruft[5]).

Mit dieser Formel nah verwandt ist eine Urkunde aus der Bretagne von 869; der Kläger fragt den Beklagten,

---

[1]) Nr. 65. Snppl. Form. Marc. 2 MGF p. 107.

[2]) Nr. 20. Form. Andec. n. 47 MGF p. 21.

[3]) Siehe die Erklärung von Zeumer MGF p. 21. — Ein ähnlicher Ausdruck findet sich auch in einer Formel des Liber Papiensis (zu Lintpr. 69). Die Parteien berufen sich auf je eine Urkunde, die beide von zwei Brüdern ausgestellt sind. Sie sollen im Beweistermin die Urkunden vorlegen und zeigen, dass die eine vom einen, die andere vom anderen Bruder ausgestellt sei. Dann heisst es: *et si nullus ex fratribus venerit in auctoritatem* . . . . .

[4]) Nr. 22. Form. Andec. n. 53 MGF p. 23.

[5]) Nr. 71. Form. Sal. Merk. n. 27 MGF p. 251.

quem auctorem habebat vel ex cuius datu tenebat;
der Beklagte bekennt dann,

nullum auctorem usurcapionis

zu haben; offenbar wird aus Mangel an anderen Beweismitteln der Auktorbeweis gewählt[1]).

Ein ausführliches urkundliches Beispiel für den Fall, dass der Auktor gestellt wurde, weil ein rechtsförmlicher Erwerbsakt nicht behauptet oder bewiesen werden konnte, bietet aus dem Gebiet des fränkischen Rechts folgendes septimanisches Placitum.

Im Jahre 893 erhebt der Vogt des Bischofs von Nîmes wider einen gewissen Rostagnus Klage um die von Bischof Christianus von Nîmes der dortigen Marienkirche geschenkte und mehr als dreissig Jahre im Besitz des Bisthums gewesene *villa Patronianicus*. Der Beklagte, so heisst es,

eas retinebat et auctorem in placitum habere potebat hominem nomine Aimardo.

Es wird ihm durch zweizüngiges Urtheil auferlegt, binnen vierzig Nächten den Auktor zu stellen oder die Villa herauszugeben. Im neuen Termin aber erklärt der Beklagte,

et se manifeste fecit quod ipso Aimardo auctore habere non potebat, nec in isto placito nec in alio.

Darauf wird er noch gefragt, ob er irgend ein sonstiges Beweismittel *(scripturas aut ullum inditium veritatis)* habe, und, da er das verneint, verurtheilt[2]). Also er hatte offenbar aus Mangel an irgend einem Beweise für eine stattgehabte Übertragung gleich zuerst einen Auktor genannt.

Es kommt auch vor, dass, wie es in einer burgundischen Urkunde von 870 geschieht[3]), derjenige, der das streitige Grundstück übertragen hat, von der Partei sofort mit in das Gericht gebracht wird; auch hier wird man annehmen können, dass von vornherein die Führung des Beweises durch Auktorbenennung beabsichtigt wurde.

Eine bereits erwähnte septimanische Gerichtsurkunde vom

---

[1]) Nr. 377. Cart. de Redon p. 172 n. 242.

[2]) Nr. 141. Ménard p. 16 n. 3. Germer-Durand p. 17 n. 8. Th p. 167 n. 114

[3]) Nr. 406. Pérard p. 153.

Jahre 862 gewährt dagegen ein anschauliches Bild eines Prozesses, in dem auf den Auktor darum zurückgegriffen werden muss, weil bestritten wird, dass er zum Abschluss des Rechtsgeschäfts berechtigt war, auf das der Erwerber sich beruft.

Im Grafengerichte zu Narbonne erhebt der Vertreter des Abtes Richimirus von Carcassonne Klage wider einen gewissen Savigildus um Ländereien im Territorium von Narbonne, die dem Kloster gebühren, weil sie ihm von einem gewissen Peter und seiner Frau durch Urkunde übertragen worden seien, und an denen das Kloster

legitimam vestituram seu et amplius

gehabt habe, Beklagter aber

hoc invasit de illorum potestate malum ordine iniuste infra istos duos annos et exblatavit hoc iniuste.

Also Kläger beruft sich auf Schenkung und Besitz. Dem gegenüber giebt Beklagter zwar zu, dass er im Besitz der Streitgegenstände sei; *set non malum ordine nec iniuste;* zugleich beruft er sich sowohl auf eine Kaufurkunde als auch auf denselben Peter, seinen Gewähren, *qui ipsas res mihi in legibus autoricare debet.* Das auffallende, dass der Beklagte sich auf Urkunden und Auktor beruft, erklärt sich daraus, dass er nicht erst abwartet bis der Kläger ausdrücklich die Rechtsgültigkeit der Urkunde bestreitet, sondern er thut sogleich das, was dann erforderlich war, er nennt den Auktor.

Also beide Parteien leiten ihr Recht von dem gleichen Auktor ab; mit anderen Worten, Kläger bestreitet, dass der Auktor des Beklagten zur Rechtsübertragung an diesen berechtigt war.

Das Gericht erkennt auf Präsentation des Auktors durch den Beklagten.

Nach funfzehn Tagen findet das gebotene Gericht vor einem Beauftragten des *missus comitis* statt. Beklagter präsentiert seine Urkunde und seinen Auktor. Das Gericht lässt zunächst die Urkunde verlesen; sie ergiebt, dass der Beklagte die Grundstücke von Peter gekauft hat. Dieser wird nun gefragt:

si vellis autoricare ipsas res ad iamdicto Savigildo.

Er erklärt, er könne es nicht, denn er habe zwar die Urkunde ausgestellt, aber vorher habe er dieselben Sachen dem Kloster tradiert. Dies beweist nun auch noch der Kläger

seinerseits, indem er die erste Traditionsurknnde vorlegt; der Auktor erkennt sie au. Darauf wird dieser, der Auktor, verurtheilt,

ut suam recognitionem exinde scriptisque fecisset.

Dann muss auch der Beklagte, nachdem er in üblicher Weise nach weiteren Beweismitteln gefragt worden ist, die Erklärung abgeben, keine mehr zu haben, worauf dann auch er zur schriftlichen Verzichtleistung verurtheilt wird. Wir sehen aus diesem Beispiel besonders deutlich, wie durchaus der in den Prozess eintretende Gewährsmann als Partei behandelt wurde; auch gegen ihn wird ein Urtheil gefällt [1]).

Hierher gehört auch eine cluniacenser Urkunde von 948; auch hier beruft sich der Beklagte auf eine Urkunde, die derselbe Dritte ausgestellt haben soll, von dem der Kläger sein Recht erworben zu haben behauptet. Aber auch hier dringen die Beklagten nicht durch, und zwar ist es hier der Auktor selbst, der ihnen den beabsichtigten Beweis unmöglich macht; er weigert sich, die von ihnen vorgelegten Urkunden anzuerkeunen *(non autorizavit)* und als Partei einzutreten. Damit sind die Beklagten natürlich beweisfällig geworden [2]).

Rechnet man die vorher bei der bairischen Firmatio besprochene bairische Urkunde hinzu, so sind mit diesen Fällen die aus den nicht italienischen Gebieten stammenden Beispiele der Berufung auf den Auktor erschöpft [3]).

Es bleibt daher jetzt eine Betrachtung der italienischen Quellen übrig. Auch hier begegnen uns die gleichen Grundsätze. Es soll das zunächst an einigen urkundlichen Beispielen gezeigt werden; daran wird sich die Erörterung einiger Formeln des Liber Papiensis knüpfen.

Der Rechtssatz zunächst, dass dann, wenn andere Beweise nicht vorhanden waren oder nicht ausreichten, auf den Auktor

---

[1]) Vgl. über diese Urknnde auch Heusler Gewere S. 34.

[2]) Nr. 520. Chart. de Cluny I p. 671 n. 719. Th p. 191 n. 130.

[3]) Denn wenn in einer septimanischen Urkunde von 955 (Nr. 534. Vaissete V c. 222 n. 98) der Beklagte sich auf Schenkung beruft und erklärt: *habemus testes et authores,* worauf dann im Beweistermin Zeugen des Beklagten sein auf Schenkung beruhendes Eigenthum beweisen, so ist wohl hier der Ausdruck *authores* nicht im technischen Sinne verwendet und nur ein Pleonasmus neben *testes.*

Bezug genommen wurde, ergiebt sich sehr deutlich ans einer farfenser Urkunde von 838. Der Abt von Farfa klagt gegen vier Brüder um gewisse von Gualipertus laut vorgelegter Urkunde an das Kloster verkaufte Güter. Hiergegen legen die Beklagten andere Urkunden vor, durch welche sie die Güter käuflich erworben haben wollen. Aber

ipsae cartulae de suprascriptis germanis non habebant XXXa annis;

sie waren darum nicht beweiskräftig und nützten den Beklagten nichts. Sie werden daher gefragt:

habetis auctorem de ipsis rebus, quae in istis vestris cartulis continentur, an non?

Sie müssen das vereinen:

auctorem non habemus nec habere possumus, qui nobis ipsam portionem Gualiperti defendat; nec nos eandem portionem per aliquem modum defendere possumus.

Sie müssen daher die Güter herausgeben [1].

Vor dem Erzbischof von Mailand als Königsboten erhebt 859 der Vogt des Ambrosiusklosters wider Lupo Klage, der widerrechtlich Grundstücke besässe, die dem Kloster von Aripert verliehen worden seien. Der Beklagte behauptet, ihm sei der Hof und das Kloster vom vorsitzenden Erzbischof als Beneficium verliehen,

et exinde parte ipsius d. Angilberti archiepiscopus, qui mihi eam in benefitio dedit, auctorem abeo et dare posso.

Aber im anberaumten Beweistermin

ipse Lupus decatevit de ipso auctore et dixit quod eam dare non poterit.

Merkwürdig ist in dieser Urkunde das weitere Verfahren; denn nun legt der Kläger seine beiden Urkunden vor (die Schenkungsurkunde des Aripert und die Rückverleihungsurkunde an ihn); darauf wird der Beklagte nochmals gefragt, ob er einen Auktor stellen oder irgend andere Beweise erbringen könne, was er zum zweiten Male verneint. Und zwar fügt er nun hinzu, er habe sein möglichstes gethan und dem Erzbischof von dem Termin Anzeige gemacht, aber dieser habe sich ihm gegenüber geweigert und ihm gesagt *quod nullo modo ei exinde*

[1] R. di Farfa II p. 232 n. 282.

auctor esse. Dann vollzieht der Beklagte die Revestitur *per fuste.* Es findet dann schliesslich ein dritter Termin vor dem Erzbischof statt, in dem dieser seinerseits die Erklärung abgiebt, dass die betreffenden Güter nicht an den Beklagten ausgeliehen werden dürften. Darauf endlich wird das Urtheil gesprochen [1]).

Als im Jahre 963 zu Salerno wider Roffus um Grundstücke zu Barbaciano geklagt wird, erklärt der Beklagte, sie seien sein Eigenthum,

et auctorem inde abeo, qui rebus ipsa mihi benumdedi.

Es wird ihm auferlegt, ihn zu stellen [2]).

Wie hier Anktorbenennung das einzige Beweismittel ist, so auch in einer weiteren bereits in der Einleitung besprochenen süditalienischen Urkunde aus derselben Sammlung [3]).

Der Beklagte erwidert auf die Klage, das streitige Grundstück sei ihm von der Maximuskirche *ad pastenandum* verliehen worden, *et auctorem inde habere pars ipsius hecclesie.* Im Beweistermin stellt er den Abt. Nachdem dieser sich das fragliche Grundstück an Ort und Stelle hat zeigen lassen, erklärt er, es gehöre allerdings zur Kirche, und er habe es dem Beklagten *ad pastenandum* gegeben. Nun wendet sich der Kläger an den Abt, wirft diesem widerrechtlichen Besitz vor, worauf dann der Streit zwischen ihnen weiter geführt wird.

Wenn in einer anderen cavenser Urkunde [4]) durch Urtheil jeder der beiden Parteien auferlegt wird, ihren Vater zu stellen *ad ipsa diffinitionem*, so kann das wohl nur als eine von den alten strengen Rechtsregeln nicht mehr abhängige freie Anordnung des Gerichts angesehen werden, ebenso wenn in einer anderen cavenser Urkunde dem Kläger, dem gegenüber der Beklagte ohne die vorgelegte Urkunde zu bestreiten lediglich die Klagethatsache in Abrede stellt, aufgegeben wird, im nächsten Termin mit seiner Mutter, die nach der vorgelegten Urkunde die streitigen Besitzungen erworben hat, wieder zu erscheinen *(plicare)* [5]).

---

[1]) Cod. Lang. c. 341 n. 207. Fumagalli p. 326.

[2]) Cod. Cav. II p. 14 n. 222.

[3]) Cod. Cav. III p. 31 n. 480 (995). Siehe oben S. 7.

[4]) Cod. Cav. II p. 300 n. 426 (990).

[5]) Cod. Cav. II p. 167 n. 339.

Auch in einer italienischen Urkunde finden wir es, dass die Partei ihren Auktor gleich mitgebracht hat. Es handelt sich um den Beweistermin; der Beklagte legt, wie er im ersten Termin gelobt hat, eine Urkunde vor. Ausserdem aber stellt er gleichzeitig seinen Auktor,

qui mihi campum ipsum per ipsa cartula tulit;

von diesem Auktor war im ersten Termin noch gar nicht die Rede gewesen. Nun stellt sich heraus, dass die produzierte Urkunde sich auf einen ganz anderen Ort bezieht; also der Beklagte wird wohl gewusst haben, wie schwach es mit seiner Urkunde bestellt war; aber anstatt den Versuch eines Urkundenbeweises erst gar nicht zu wagen, thut er es doch; freilich kann ihm auch der Auktor nicht helfen, denn nun bestreitet der Kläger, dass dieser zu einer Tradition an den Beklagten berechtigt gewesen wäre, und beweist das Recht der von ihm vertretenen Kirche durch eine Urkunde. Darauf muss der Auktor ausdrücklich erklären, seinerseits die Identität des Feldes oder dreissigjährigen Besitz nicht beweisen zu können [1]).

Beispiele für Auktorbenennung, weil dessen Berechtigung bestritten wird, bieten folgende italienische Urkunden.

Eine luccheser Urkunde vom Jahre 815. Der Vogt der Martinskirche klagt wider Suave um Weinberge zu Brancoli. Im zweiten Termin wendet der Beklagte ein, er habe die Weinberge von Gheiprandus *ad lavorandum* erhalten; er zeigt eine diesbezügliche Urkunde, ein *libellum*, vor. Nun entgegnet der Kläger, dies *libellum* könne der Kirche nicht entgegenstehen, denn die Weinberge hätten gar nicht dem Gheiprandus gehört. Darauf wird vom Gericht an den Beklagten die Frage gerichtet:

si aberet auctore de vinie ille an non.

Also das Recht des Rechtsvorgängers wird bestritten; darum reicht die Urkunde nicht aus. Nun ist aber im vorliegenden Fall, wie der Beklagte erklärt, der Auktor gestorben; dafür aber erbietet sich der Beklagte, zu beweisen, dass wirklich der Auktor die Weinberge an ihn, den Beklagten, durch jene Urkunde tradiert habe. Es ist sehr auffallend, dass das Gericht auf diesen Beweis erkennt; denn, auch wenn er gelänge, würde er ja den Einwurf des Klägers, dass der Auktor kein Recht zu der Tra-

[1]) M. di Lucca IV 2 app. p. 64 n. 51.

dition gehabt habe, gar nicht entkräften. Aber der Beklagte kann den Beweis nicht führen, und so ergeht ein Urtheil zu Gunsten des Klägers[1]).

Eine nur sehr lückenhaft überlieferte ravennatische Urkunde von 838 berichtet, wie der Beklagte im Beweistermin in Erfüllung des Beweisurtheils eine Urkunde vorlegt; sie allein genügt aber nicht; das Gericht verlangt auch noch die Vorlage einer emphyteutischen Urkunde. Wenn nun der Beklagte erklärt, er habe eine solche nicht, könne auch keinen Auktor stellen, so zeigt sich auch hier wieder, wie dies letzte Beweismittel dann in Anwendung zu kommen hatte, wenn die Stichhaltigkeit der übrigen bestritten wurde[2]).

Einen der oben erörterten septimanischen Urkunde verwandten Fall sehen wir in dem umfangreichen mailänder Placitum von 844; die Beklagten berufen sich auf eine Urkunde, durch die sie die streitigen Besitzungen von demselben Dritten erworben haben wollen, von dem auch Kläger ihr Recht herleiten. Wie oben kommt es daher auch hier zur Stellung des Auktors, und dieser weigert sich auch hier, für die Beklagten einzutreten[3]).

Ferner möge noch kurz auf eine sehr interessante luccheser Urkunde von 847 hingewiesen werden. Die Beklagten berufen sich auf eine Urkunde und benennen ausserdem *secundum textum cartule* den Sohn des Schenkers als Auktor (man vergleiche die merowingischen Diplome, in denen der Schenker für sich und seine Erben die Gewährschaft übernimmt). Dieser Sohn der Schenkerin tritt nun zwar als Auktor in den Rechtsstreit ein; er kann aber nicht beweisen, dass sein Vater rechtmässiger Eigenthümer gewesen sei, d. h. dass er die Güter dreissig Jahre besessen habe. Der Kläger aber kann seinerseits mit Zeugen dreissigjährigen Besitz der von ihm vertretenen Kirche beweisen. In Folge dessen wird der Auktor, da er Partei ist, zur Herausgabe des Guts und zum Ersatz der Früchte verurtheilt[4]).

---

[1]) Mem. di Lucca V 2 p. 239 n. 397. Muratori Ant. I c. 537.

[2]) Fantuzzi II p. 5 n. 2. Vesi doc. I p. 86.

[3]) Cod. Lang. c. 265 n. 154. Fumagalli p. 240. Muratori Ant. I c. 467.

[4]) Mem. di Lucca V 2 p. 386 n. 648. Muratori Ant. I c. 527. Zu vergleichen ist Brunner Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 369, 371, 372.

Jetzt endlich sind noch einige hierhergehörige Formeln des Liber Papiensis zu betrachten.

Einmal eine Formel zu Liutprand c. 78. Wir sahen schon, in diesem Gesetz wird bestimmt, dass in *causae regales* statt der dreissigjährigen eine vierzigjährige Verjährungszeit gelten solle. Am Schluss wird hinzugefügt, dass Niemand von einem *servus* oder *aldio* des Königs etwas erwerben könne, ebensowenig, wie von einem *servus* oder *aldio* eines Anderen.

Hierauf bezieht sich die zweite Formel des Liber Papiensis [1]). Ein königlicher Vogt erhebt Klage wegen unrechtmässigen Besitzes. Der Beklagte behauptet, das Grundstück sei sein Eigen, Donatus habe es ihm verkauft. Darauf verlangt der Kläger Stellung des Auktors: *da vadia de auctore.* Warum? Offenbar weil der Beklagte keine Urkunde vorlegen oder Zeugen stellen, also keine Investitur beweisen kann. Stellt nun der Beklagte den Auktor, so verhandelt der Kläger nunmehr gegen diesen. Ein anderer Fall aber ist, dass der Beklagte erklärt: *in loco auctoris volo stare.* Dann aber muss er eine Urkunde vorzeigen können. Dann kann der Kläger diese Urkunde anfechten durch die Behauptung, der Aussteller sei *servus de parte publica* gewesen, und dann muss der Beklagte beweisen, dass er frei war, oder der Kläger, dass er Höriger war. Also der Beklagte kann auch erklären, ich will an Stelle des Auktors verhandeln; und zwar kann er das, wie im vorliegenden Fall angenommen werden muss, aus zwei Gründen, einmal weil er eine *carta* hat, ferner weil der Auktor verstorben oder sonst nicht stellbar ist. In diesem Ausdruck *loco auctoris stare* klingt immer noch, wie in jener Ermächtigung zu eigener *defensio*, der wir in den cavenser Urkunden begegneten, die alte Auffassung nach, die nur ein Verhandeln mit dem Auktor kannte, und von der aus ein jedes Antworten des Beklagten auf Grund eigenen Rechtes als ein *loco auctoris stare* erscheinen musste. Wie in jenem alten königlichen Defensionsprivileg [2]) der Beschenkte *in vice auctorum* prozessieren durfte, d. h. scheinbar zwar als Stellvertreter der Auktoren, als Vertreter ihrer Rechte, thatsächlich aber eben gerade als Vertreter eigenen Rechts, so bedeutet

---

[1]) L. P. Formel zu Liutpr. 77 (78).

[2]) Marculf I 36.

auch in der Formel das *loco auctoris*, dass der Beklagte ohne Rücksicht auf den Auktor selbst sein eigenes Recht beweisen will; wobei unerheblich ist, wie er das thut. Die wissenschaftliche Theorie scheint aber, wie wir bereits oben aus der Extravagante zur Lex Salica entnahmen, in Italien noch lange unter dem Banne der alten Anschauung gestanden zu haben, die eine rechtmässige Vertheidigung nur in der Benennung und Stellung des Auktors sah.

Desshalb konnte eine Glosse zu den Worten unserer Formel *pro loco auctoris volo stare* die Erklärung hinzufügen: *pro usu secundum quosdam asinos; secundum valentes numquam Langobardus stat loco auctoris.* Also die neueren Rechtsgelehrten glaubten sich gegen die in der Praxis übliche Form der Vertheidigung erklären zu müssen, da sie, vom Standpunkt des alten Verfahrens ja mit gutem Grund, in der eigenen Vertheidigung des Beklagten eine Stellvertretung des eigentlich zum Prozessieren verpflichteten Auktors erblickten. Und da sie eben in dieser Antwort des Beklagten einen Widerspruch gegen das langobardische Recht erkannten, das mit besonderer Strenge die prozessualische Stellvertretung verbot, so erklärten sie eine solche Antwort für unerlaubt. Gerade wegen dieser Strenge des langobardischen Rechts erklärt es sich, dass in Italien der besprochene Brauch aufkam, sich vom Schenker das Recht der Selbstvertheidigung ausdrücklich zusprechen zu lassen.

Des äusseren Zusammenhangs wegen soll hier eine Formel zu Wido c. 5 besprochen werden, die eigentlich nicht hierher gehört, weil in ihr vom Kläger die Rede ist. Das Gesetz selbst verbietet, auf Grund einer nicht vom berechtigten Eigenthümer ausgestellten *cartula* fremde Grundstücke in Besitz zu nehmen. Nun ist der Fall der Formel der: Martinus erhebt wider Petrus Klage wegen unrechtmässigen Besitzes. Der Beklagte beruft sich auf Erwerb durch Erbschaft seines Vaters und fragt den Kläger, welches Recht er habe. Kläger zeigt eine von Marcvardus ausgestellte *carta*. Darauf fragt der Beklagte: *vis dare auctorem an vis stare loco auctoris?* Also die *carta* genügt nicht, und zwar darum, weil das Recht ihres Ausstellers angefochten wird, der, wie Beklagter behauptet, das Grundstück gewaltsam in Besitz genommen habe. Also ein Fall, wie er uns auch in den Urkunden begegnet und der durchaus dem

übriggebliebenen Rest der ursprünglich allgemeinen Gewährschaftspflicht entspricht. Aber warum nun die Doppelfrage? Der Kläger antwortet auf sie: *in loco auctoris volo stare.* Darauf aber entgegnet ihm der Beklagte: *non debes tu stare in loco auctoris*, nämlich desshalb nicht, weil eben der Besitz des Auktors ein gewaltthätig erworbener war.

Ähnlich liegt die Sache in der im § 2 der Expositio zu dieser Stelle gegebenen Formel. Dem Anselmus ist eine Sache widerrechtlich entzogen. Der Besitzergreifer Albertus verkauft sie an Rainaldus. Anselmus erhebt Klage gegen Rainaldus; er fragt: *quid tibi pertinet ad requirendum?* Rainaldus beruft sich auf die von Albertus ausgestellte Verkaufsurkunde. Darauf richtet Anselmus die Frage an ihn: *vis stare auctoris loco vel vis auctorem dare?* Er erklärt: *auctoris loco stare volo*; aber Anselmus entgegnet: das kannst Du nicht, denn Du durftest Dich nicht in den Besitz setzen, bevor Dein Auktor, Albertus, rechtmässig erworben hatte, also musst Du nach dem Gesetz ihn stellen. Er thut das, und nun wird zwischen Albertus und Anselmus verhandelt.

Warum wird nun aber die Partei überhaupt gefragt, ob sie *loco auctoris stare* wolle, wenn, wie doch sie sowohl als der Gegner wissen müssen, dass das Gesetz es gar nicht erlaubt? Mir scheint keine andere Erklärung möglich als folgende. Zur Zeit als die langobardischen Juristen die in Rede stehenden Formeln abfassten, war, wie wir gesehen haben, die allgemeine Gewährschaftspflicht längst ersetzt und nur dann noch von einer solchen die Rede, wenn der Besitzer entweder keinen gültigen Erwerbsakt beweisen konnte oder aber seine Rechtsbehauptung wegen mangelnden Rechts des Auktors bestritten wurde. Das letztere nun ist in unseren Formeln der Fall; sie lassen, wenn wir ihre knappen nur die hervorstechendsten Stadien erwähnenden Reden ergänzen, ungefähr folgenden Gang des Rechtsstreits erkennen.

Die Partei beruft sich auf Erwerb durch Kaufgeschäft; sie legt die Kaufurkunde vor, durch deren Begebung das Geschäft perfekt geworden ist. An und für sich würde sie damit einen rechtsgültigen Erwerbsakt angegeben haben, der sie, da der Beweis in der Urkunde gegeben ist, legitimiert hätte. Aber in den Formeln ficht der Gegner die Urkunden an, weil der Auk-

tor nicht berechtigt gewesen war, sie auszustellen. Nun also tritt die Pflicht der Gewährenstellung ein. Alles dies liegt in den Worten: *vis dare auctorem?* d. h. wenn Du Dich weiter vertheidigen willst, so schaffe gefälligst Deinen Auktor herbei; oder willst Du das nicht, willst Du Dich etwa mit der blossen Behauptung des Rechtserwerbs begnügen, fragt der Gegner weiter, *vis stare loco auctoris*, willst Du Dich der Pflicht, den Auktor zu stellen, entziehen, willst Du, anstatt dass er mit mir verhandelt, weiter (nicht als dessen Stellvertreter, sondern) statt seiner mit mir streiten? Die Partei erklärt beidemale, sie wolle das letztere; sie versucht also, ob sie mit der bequemeren Art der Beweisführung durchdringen könne. Aber der Gegner macht sie darauf aufmerksam, dass das vom Gesetz nicht erlaubt werde. In der ersten Formel bleibt (so scheint es) der Kläger dabei. Damit aber ist er um sein Beweisrecht gekommen (im vorliegenden Fall hätte er es, da er die Urkunde hat), und der Gegner beweist, dass der Auktor kein Recht gehabt habe. In der zweiten Formel stellt er den Auktor. So scheinen mir die Formeln einen mit den allgemeinen Grundsätzen übereinstimmenden Sinn zu ergeben.

Es bleibt noch eine Formel des Liber Papiensis anzuführen [1]). Der Beklagte beruft sich zur Vertheidigung seines Besitzes auf einen Tausch: *Donatus commutavit mecum.* Sofort entgegnet der Kläger: *da wadiam de auctore.* Also ohne Weiteres muss der Beklagte seinen Beweis durch Stellung des Gewähren führen. Es entspricht dies dem Gesetz, zu welchem die Formel gehört, in dem von demjenigen die Rede ist, der ein Grundstück einem anderen als Tauschgegenstand gegeben hat, dann aber, als ein Dritter dasselbe als sein Eigen in Anspruch nimmt, jenen *defendere non potuerit*, also als Auktor in den Prozess eingetreten sein Recht auf jenes Grundstück nicht behaupten kann.

In erwünschtester Weise sagt uns nun aber das Gesetz selbst, warum hier der Beweis sogleich durch Stellung des Auktors geführt werden muss: darum nämlich, weil das Tauschgeschäft ohne Urkundenbegebung abgeschlossen worden ist. Es heisst nämlich, der zu leistende Schadensersatz müsse abgeschätzt werden und zwar in den hier gemeinten Fällen *(de his*

[1]) Formel zu Liutpr. 115 (116).

causis), desshalb weil *cartolam commutationis aut vinditionis homenis inter se non faciunt.*

Also wir sehen aus dieser Gesetzesstelle und der zu ihr gehörigen Formel deutlich, dass das alte Recht der Ziehung auf den Gewähren da in Geltung geblieben ist, wo eine Urkunde über die Vollziehung der Investitur nicht vorhanden ist, so wie nach den Ergebnissen der anderen besprochenen Stellen diese Beweisart auch dann zur Verwendung kam, wenn die Wirksamkeit eines solchen Übertragungsaktes wegen mangelnden Rechtes des früheren Besitzers bestritten wurde.

Die ursprünglich allgemeine Pflicht der Benennung des Gewähren ist, wie das Gesagte ergiebt, im Laufe der fränkischen Zeit auf diese zwei bestimmten Fälle beschränkt worden. Zugleich hat sich damit die prozessualische Bedeutung der Berufung auf den Auktor verändert. Sie war, wie wir sahen, ursprünglich eine die rechtsförmliche Antwort verweigernde Klagerwiderung. Der Beklagte, der sich zu einem Gewähren zog, erklärte damit selber nicht verpflichtet zu sein als Partei auf die Klage sich einzulassen. Der Auktor muss als Partei in den Prozess eintreten. Das muss er, wie wir sahen, auch noch in den beiden Fällen, in denen sich die Auktorbenennung als nothwendig erhalten hat. Man könnte also sagen, dass auch noch am Ende der fränkischen Zeit in diesen beiden Fällen die Berufung auf den Auktor den Charakter einer Verweigerung der Streiteinlassung sich bewahrt hat. Doch das beträfe nur die Bezeichnung. Wichtig aber ist folgender Punkt. Eben weil ursprünglich die Berufung auf den Auktor eine die technische Antwort verweigernde Klagerwiderung war, war sie überall gestattet, obwohl im übrigen materielle Einreden noch unerlaubt waren. Sie war darum die e i n z i g e Art, in der derivativer Rechtserwerb in der Klagebeantwortung der Klage entgegengehalten werden konnte. Wollte der Beklagte sein Recht damit behaupten, dass er es aus dem Recht eines Dritten herleitete, so m u s s t e er diesen Dritten als Auktor in den Streit ziehen. Materiellrechtliche und prozessrechtliche Gründe kamen also zusammen, um eine andere Art der Vertheidigung auszuschliessen. Die materiellrechtlichen waren, dass es noch keine rechtswirksame Übertragungsform von Liegenschaften gab, die prozessrechtlichen waren, dass es noch keine

Einreden gab. Hierin nun trat im Lauf der fränkischen Zeit eine Änderung ein. Die im materiellen Recht liegenden Behinderungen fielen fort; es bildeten sich rechtswirksame Übertragungsformen von Liegenschaften (die Investitur, insbesondere die Investitur durch Urkundenbegebung) aus, und diese Thatsache wirkte auch auf das Prozessrecht: neben der Berufung auf den Auktor wurde die Berufung auf die Übertragung, auf das Rechtsgeschäft möglich, d. h. eine Einrede im eigentlichen Sinn.

Berief sich nun der Beklagte auf einen rechtsgeschäftlichen Erwerbsakt, d. h. also in der Mehrzahl der Fälle auf eine Investitur *per cartam*, so war es natürlich, dass er sich auf die Urkunde, durch die er sein Recht erworben hatte, stützte. So trat neben die Berufung auf den Gewähren die Berufung auf die Urkunde. Es ist schon auf den Satz des Lex Ribnaria hingewiesen worden, dass der Beklagte, der sich auf eine Urkunde berufe, ohne Tangano auf die Klage antworten könne[1]). Wir dürfen aus dieser ausdrücklichen Bestimmung entnehmen, dass damit etwas Neues eingeführt, oder wenigstens einer neuen Übung zum ersten Mal gesetzliche Anerkennung zu Theil wurde. Nach altem Recht wäre ein Antworten ohne Tangano, d. h. ein Verweigern einer rechtsförmlichen Antwort, nur bei Berufung auf den Gewähren möglich gewesen. Dann konnte der Beklagte, ohne formell durch Zugeben oder Leugnen sich auf die Klageworte zu beziehen, rechtsunförmlich (ohne Tangano) erklären, nicht er, sondern der Gewährsmann sei zur Verantwortung zu ziehen, denn er leite sein Recht von diesem Gewährsmann her. Nun bestimmte das Gesetz, auch wenn er eine Urkunde in Händen habe, dürfe er von einem formellen Leugnen der Klageworte absehen, dürfe er erklären, er besässe nicht mit Unrecht, sondern auf Grund einer Urkunde. So gestattet also der Besitz einer Urkunde dem Beklagten, sich mit einer materiellen Einrede, mit der Behauptung derivativen Rechtserwerbes, zu vertheidigen. Da die Berufung auf einen Gewähren zunächst, wie wir sahen, den Charakter einer den Einlass weigernden Klageerwiderung behielt, so ist möglicherweise die Berufung auf eine Urkunde die erste materielle Einrede, die das

---

[1]) Lex Rib. 59, 8. Vgl. oben S. 105.

fränkische Prozessrecht ausbildete. Dass aber auch sie zunächst noch nnter dem Gesichtspnnkt der Verweigerung einer rechtsförmlichen Antwort aufgefasst worden ist, sehen wir z. B. aus einer langobardischen Formel[1]), die den Beklagten, der im Besitz einer Urkunde ist, auf die Klage erwidern lässt:

> *non tibi respondeo, quia ecce carta, quam tu mihi fecisti aut pater tuus.*

Für eine derartige Antwort wird uns auch ein nrkundliches Beispiel begegnen.

So also bedeutete der Fortschritt des materiellen Rechts zugleich einen Fortschritt des Prozessrechts.

Der weiten Verbreitung und häufigen Verwendung, die die Investitur durch Urkundenbegebung in allen Gebieten des fränkischen Reiches fand, entspricht nun auch die Häufigkeit derjenigen Rechtsfälle, in denen der Beklagte sein Recht auf eine Investitur durch Urkundenbegebung stützte, in denen er seine Urkunde als Vertheidigungsmittel benutzte.

Einige Beispiele aus dem reichen Material, das hier zur Verfügung steht, seien genannt.

In einer bereits mehrfach erwähnten salfränkischen Formel, in der der Beklagte nach seinem Auktor gefragt wird *(per quem sibi de iam dicta re sacibat)*, entgegnet er damit, dass er sich auf eine Schenknng seitens seines Vaters beruft und diese Behanptung auf die Schenkungsurkunde stützt[2]).

In einer septimanischen Urkunde aus dem Jahre 868 erklärt der Beklagte, von dem Herausgabe dreier angeblich fiskalischer Villen verlangt wird:

> *ego omnia ista teneo . . . per cartas legibus factas*[3]).

In einer burgundischen Urkunde von 950 entgegnet der Vogt des Klosters Cluny auf die Klage zweier Schwestern um Besitzungen im Gau von Mâcon,

> *quod Adalardus clericus, frater illarum, incartavit ipsas res Sancti Petri . . . ., et ostenderunt* (d. h. die Vertreter des Klosters) *ibi cartas legales de manu eius*[4]).

---

[1]) Auf sie macht Brunner RG II S. 346 aufmerksam.

[2]) Form. sal. Merkel n. 27 MGF p. 251.

[3]) Nr. 373. Vaissete II c. 346 n. 169. Th p. 143 n. 101.

[4]) Nr. 523. Chart de Cluny I p. 720 n. 764. Th p. 192 n. 131.

In einer bairischen Urknnde von 806 erwidert der Beklagte dem Kläger, der sich auf Erbrecht bernft, er thue das mit Unrecht; denn sein, des Beklagten, Vater habe das streitige Grundstück der Freisinger Kirche tradiert, und diese habe es ihm als Beneficium verliehen; zum Beweise dessen beruft er sich anf die Traditionsurkunden[1]).

Besonders zahlreich sind die Beispiele aus Italien.

Als im Jahre 753 der Abt von Farfa um den Hof Turranianus verklagt wird, den der Kläger vom Gastalden Perto geschenkt erhalten haben will, antwortet er also:

> *non faciat Deus ut tibi ego aliquando ipsum casalem Turranianum tulissem, quia donatus est in monasterio per ducem Luponem, et praeceptum de ipsa donatione habemus . . . . .*

Nachher legt er dies *praeceptum Luponis ducis* vor,

> *in quo continebatur, quomodo ipsum casalem T. in monasterio donaverat.*

Und ausserdem eine Königsurkunde, durch die alle Schenkungen des Herzogs an das Kloster bestätigt worden sind[2]).

In einem Prozess, der zu Benevent im Jahre 756 verhandelt wird, erklärt der Abt, um eine von der Klägerin nnd ihrem Vater erbaute Kirche beklagt:

> *veritas est, quod genitor vester et vos eam aedificastis, sed vos nobis . . . ipsam prefatam ecclesiam . . . obtulistis in ecclesia S. Archangeli et S. Benedicti . . .; et ecce offertio* (d. h. die Traditionsnrkunde), *quam nobis exinde fecistis*[3]).

In einer anderen farfenser Urkunde von 791 liegt eine eigenthümliche Klage vor. Der Kläger, ein gewisser Godarisius von Rieti, erhebt gegen das Kloster Farfa den Anspruch, ihm die von ihm selbst dem Kloster einst urkundlich übertragenen Besitzungen zu Rieti, Terni und Foligno heranszugeben, da er sich in einer Nothlage befinde. Dem gegenüber beruft sich das Kloster auf den Wortlant der Traditionsurkunde; nnd

---

[1]) Nr. 174. Meich. I 2 p. 93 n. 122.

[2]) R. di Farfa II p. 44 n. 34. Troya IV p. 478 n. 677. Galletti Rieti p. 133.

[3]) Troya IV p. 619 n. 703. Ughelli VIII c. 590.

da in dieser kein Vorbehalt des Niessbrauchs enthalten ist, sie vielmehr eine unbedingte Schenkung *a die praesenti* enthält, wird der Kläger abgewiesen [1]).

Eine salernitaner Gerichtsurkunde von 902 bietet uns ein Beispiel dafür, dass sich der Beklagte auf eine urkundlich vollzogene *donatio post obitum* beruft [2]).

In dem bereits ausführlicher erörterten Rechtsstreit zwischen dem Fiskus und dem Bartholomäuskloster zu Pistoja vom August 806 bestreitet der beklagte Abt den Anspruch des Klägers mit den Worten:

> *non est veritas, quod ecclesia vel res ipsa a parte curtis domni regis pertinere deveat, eo quod ecce monimina pre manibus habemus, quomodo ecclesia et res ipsa monasterii s. Bartholomei debet pertinere* [3]).

Als im Jahre 902 das Maximuskloster zu Salerno um Besitzungen zu Nocera verklagt wird, geben die Vertreter des Klosters zwar zu, dass sie die fraglichen Ländereien besässen, aber sie legen zugleich eine Traditionsurkunde vor, in der der Kläger selbst jene Besitzungen dem Kloster übertragen hatte [4]).

Unter den Urkunden, auf die sich in einer anderen salernitaner Gerichtsurkunde der Beklagte beruft, befinden sich mehrere Traditionsurkunden [5]).

Wenn in einem Prozess, der im Jahre 813 zu Rom im Lateran in Gegenwart des Papstes verhandelt wird, der beklagte Abt nunmehr, nachdem schon verschiedene Termine stattgefunden haben, sein Recht auf eine Schenkung gründen will, und daher erklärt, er antworte nicht, bis er die Schenkungsurkunde untersucht habe *(non respondeo antequam inquiram munimine)*, so erinnert uns das an jene langobardische Formel, in der noch die alte Auffassung nachklang, dass die Berufung auf eine Urkunde eine prozessablehnende Antwort sei [6]).

---

[1]) Reg. di Farfa II p. 130 n. 154. Fatteschi p. 281 n. 36. Vgl. die ausführliche Erörterung dieser Urkunde bei Brunner Rechtsgeschichte der Urkunde I S. 137.

[2]) Cod. Cav. I p. 143 n. 114.

[3]) Brunetti II 1 p. 358 n. 70. Muratori Ant. I c. 973.

[4]) Cod. Cav. I p. 144 n. 115.

[5]) Cod. Cav. I p. 173 n. 135. Ficker IV p. 26 n. 21.

[6]) Reg. di Farfa II p. 162 n. 199.

Neben Urknnden, in denen dem Empfänger das Eigenthum übertragen wird, spielen natürlich anch Leihurkunden eine grosse Rolle im Immobiliarprozess. Ausser den schon im Vorbeigehen berührten Beispielen sei noch auf eine Urkunde hingewiesen, die einen im Jahre 925 zu Poitiers geführten Streit betrifft; die Beklagten behaupten den Vertretern der Abtei St. Maixent gegenüber Rechtmässigkeit ihres Besitzes und berufen sich auf eine Prekarie [1]).

In einer bairischen Urkunde von 849 beruft sich der Beklagte, von dem Herausgabe der Kirche zu Kysalpahc verlangt wird, darauf, dass er sich bei der Tradition lebenslänglichen Niessbrauch vorbehalten habe, und dass ihm darauf dieser Niessbrauch urkundlich verliehen worden sei [2]).

Aus Italien sei ein 811 zu Camerino geführter Prozess erwähnt; der Beklagte behauptet, die streitigen Besitznngen seien ihm vom Gastalden Rado durch Investitur zu beneficiarischem Recht verliehen worden [3]).

Auch gehört es hierher, wenn in einer luccheser Urkunde von 822 der Beklagte sich auf Urkunden beruft, in denen von einem *affeduciare* die Rede ist [4]).

Aber nicht allein Übertragungsurkunden können dem Beklagten dienlich sein, sondern auch Urkunden über andere Rechtsgeschäfte, aus denen sein Besitz sich herleitet. Besonders häufig finden wir Urkunden über Kaufgeschäfte benutzt.

So wendet in der ältesten erhaltenen fränkischen Gerichtsurkunde, dem Placitum König Sigiberts III. von 648, der Beklagte Eigenthumserwerb durch Kauf ein; es wird ihm aufgegeben, die in Bezug genommenen Kaufurkunden im nächsten Termin vorznlegen [5]).

Ebenso liegt die Sache in dem Placitum König Chlodowechs III. von 691: der Beklagte behauptet, die streitigen Güter vom Kläger gekauft zu haben; es ist mehrfach von dem

---

[1]) Nr. 494. Richard Chartes de l'abbaye de St. Maixent p. 23 n. 11.
[2]) Nr. 328. Meich. I 2 p. 333 n. 658.
[3]) Reg. di Farfa II p. 220 n. 269. Fatteschi p. 290 n. 67.
[4]) Mem. di Lucca IV 2 p. 27 n. 20. Muratori Ant. I c. 511.
[5]) Nr. 23 NA XIII p. 157.

extromentum, der Kaufurkunde, die Rede, die der Beklagte im nächsten Termin beizubringen gelobt [1]).

Nicht selten ist die Partei in der Lage, sich auf Gerichtsurkunden berufen zu können, durch die also nachgewiesen wird, dass entweder durch richterliche Adjudikation oder durch den für genügend erachteten Verzicht der Partei ihr Recht bestätigt worden sei.

Um nur einige Beispiele zu nennen, sei eine septimanische Urkunde von 918 angeführt, in der sich der beklagte Abt von Montolieu zum Beweise freien Eigenthums des Klosters an der eingeklagten Villa neben königlichen Verleihungsurkunden auch auf Gerichtsurkunden beruft [2]).

Ferner eine bairische Urkunde aus dem Jahre 822. Vor dem Königsboten Hatto erhebt der Vogt des Bischofs von Freising Klage wider den Defensor des Bischofs von Augsburg um die Kirche zu Unterkiernberg, die dem Freisinger Stuhl gebühre. Hierauf entgegnet der Beklagte:

> *Hantonem cum suo defensore ipsam ecclesiam cum omnibus ad ipsum locum accedentibus in palatio habito ad Phadarprunnin in Adalhardo evindicasse ad episcopatum Augustae civitatis ad s. Mariam, et ut ibidem Adalhardus hoc ipsud reddidisset.*

Offenbar wird damit eine Gerichtsurkunde gemeint [3]).

Dann mag noch auf folgenden Fall hingewiesen werden. Im Jahre 827 beschweren sich im missatischen Gericht zu Turin siebzehn Bewohner der Villa Auciatis (Oulx), das Kloster Novalese lege ihnen übermässige Dienste auf. Im zweiten Termin nach Wiederholung der Klage entgegnet der Klostervogt, die Behauptung der Kläger sei nicht wahr, denn die Ahnen, Eltern und Verwandten der Kläger seien alle Hörige eines gewissen Unno gewesen, und dieser Unno habe all seinen Besitz dem Kloster geschenkt, und, fügt er hinzu,

> *etiam iudicatos habemus quomodo parentibus vestris in*

---

[1]) Nr. 35. DDM p. 53 n. 59.

[2]) Nr. 487. Vaissete V c. 137 n. 43. Th. p. 179 n. 123.

[3]) Nr. 238. Meich. I 2 p. 247 n. 470. Hierzu siehe auch Heusler Gewere S. 36. Statt *palatio* ist sicherlich *placito* zu lesen.

causationem fuerunt cum ipso Unnone vel pars suprascripto monasterio.

Nun werden die Urkunden verlesen, aus denen hervorgeht, dass die Beklagten zu den geforderten Diensten verpflichtet sind [1]).

Auch wird man es hieher rechnen können, wenn sich die Partei auf eine Professio des Gegners, also auf einen gerichtlich erklärten Verzicht beruft, der ja unter Umständen ein Urtheil entbehrlich machen konnte. Folgender schon besprochener Fall ist anzuführen.

Im Jahre 860 wird wider den Bischof von Gerona um Grundstücke in der Villa Fonsedictus Klage erhoben, nämlich um einen Neubruch, den nach der Klagebehauptung der Vater des Klägers gewonnen habe. Hiergegen beruft sich der Vertreter des Bischofs auf eine vom Kläger früher ausgestellte Professio, in der dieser erklärt hatte, dass sein Vater jene Güter nicht als herrenloses Gut okkupiert hatte *(de eremo traxerat)*, sondern dass all dessen Besitz Beneficium des Grafen Gaucelmus war; also dürfe Kläger nicht wiederum Ansprüche erheben [2]).

Besonders werthvoll war es für die Partei, wenn sie ihr Recht auf eine Königsurkunde stützen konnte; denn bekanntlich genossen Königsurkunden öffentlichen Glauben und waren daher unanfechtbar [3]).

Im langobardischen Recht hatten die Gerichtsurkunden den gleichen Vorzug [4]); im übrigen aber war jede producierte Urkunde der Urkundenschelte ausgesetzt. Und dann, wenn ihre Beweiskraft wegen mangelnden Rechtes des Ausstellers bestritten wurde, trat, wie wir gesehen haben, wiederum die Pflicht des Beklagten ein, den Aussteller, d. h. den Gewähren zu nennen, damit er als Partei sein Recht zur Rechtsübertragung nachweise. Abgesehen also von dem Fall der Berufung auf Königsurkunden und italienische Gerichtsurkunden konnte die Behaup-

---

[1]) Mon. Patriae Chart. I p. 34 n. 19. Muratori Ant. I c. 481.

[2]) Nr. 329. Marca Hisp. c. 783 n. 21.

[3]) Ich begnüge mich, kurz auf einige derartige Fälle hinzuweisen: Nr. 63. DDM p. 106 n. 21 (750); Nr. 490. Wartmann III p. 1 n. 719, Mohr I p. 59 (920). R. di Farfa II p. 113 n. 134 (781); Tiraboschi Nonantula II p. 34 n. 18 (801); Cod. Lang. c. 807 n. 466 (915).

[4]) Brunner RG II S. 420.

tung des Beklagten, anf Grund einer Urknnde zu besitzen, dnrch eine klägerische Behanptnng, die die Rechtswirksamkeit dieser Urkunde bestritt, überboten werden. Davon wird weiter im nächsten Kapitel zu sprechen sein. Und ebenso konnte der Fall vorkommen, dass beide Parteien sich auf Urkunden beriefen; dann musste anf andere Weise versucht werden, eine Entscheidung zu finden; in einem Placitum Pippins von 751 [1]) wird zum Inquisitionsbeweis, in zwei Gerichtsurknnden Karls des Grossen von 775 zum Beweis durch das Gottesnrtheil der Kreuzprobe geschritten [2]).

Damit sind die Fälle erledigt, in denen der Beklagte sein Recht auf eine Urknnde stützt.

Daneben kommen nun Beispiele vor, in welchen zwar auch Rechtserwerb durch ein mit einem Dritten abgeschlossenes Rechtsgeschäft oder Rechtserwerb auf Grnnd eines richterlichen Befehls behauptet wird, in denen jedoch zum Beweis dafür keine Urkunde genannt wird, sei es weil eine solche nicht ansgestellt ist, sei es, weil die Partei den Beweis auf andere Weise, durch Zengen z. B., zu führen gewillt ist.

Derartige Beispiele finden sich unter den fränkischen und italienischen Urknnden.

Zunächst ist eine farfenser Urkunde von 750 zu nennen. Der Kläger verlangt von seinen Verwandten, sie sollten seine Berechtigung auerkennen, die in seiner Krankheit zu Gunsten des Klosters vollzogene *donatio post obitum* nun nach wiedererlangter Gesundheit sofort als unbedingte Schenkung auszuführen. Dagegen behaupten die Gegner, er sei in Folge eines früher mit ihnen geschlossenen Theilungsvertrages gar nicht berechtigt über die fraglichen Besitzungen zu Gunsten des Klosters zu verfügen [3]).

Hier kann man vielleicht am besten folgende eigenthümliche Urkuude aus der Bretagne einreihen. Zwei Brüder klagen wieder ihren dritten Bruder um die von ihrem Vater herstammende Erbschaft zu Landegou,

[1]) Nr. 75. DDM p. 107 n. 22.

[2]) Nr. 93. Mühlb. 187 und Nr. 94. Mühlb. 196.

[3]) Reg. di Farfa II p. 87 n. 35. Troya IV p. 371 n. 641. Muratori Script. II b c. 341.

quod post se malo ordine retineret vel eis contradiceret iniuste.

Der Beklagte führt nun zu seiner Vertheidigung folgendes an. Er habe auf die Erbschaft *(ob defendendam hereditatem)* Geldauslagen gemacht im Betrage von 100 Solidi; von diesen 100 Solidi schuldeten ihm die Kläger 30; er fordere nun Erstattung dieser 30 Solidi, wogegen er dann in eine gleichmässige Theilung der Erbschaft einwilligen wolle. Also der Beklagte leugnet das *malo ordine,* weil er Gläubiger der Kläger sei. Sein Recht ist die Folge eines zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses [1]).

Ferner kommt hier eine schon erörterte bairische Urkunde aus dem Jahre 822 in Betracht. Der Kläger ficht durch eine Klage gegen den Bischof von Regensburg eine Tradition an, die sein Bruder der Kirche gemacht hatte. Der Beklagte aber führt dagegen aus, warum Kläger kein Recht habe die Tradition anzufechten. Sie sei von jenem Bruder vor einer Reise nach Rom als eine *donatio post obitum* ausgeführt worden; als er nun wirklich auf jener Reise gestorben und die Kunde hiervon nach Baiern gedrungen war, habe er, der Beklagte, die Schenkung entgegengenommen, nachdem er sich vorher ausdrücklich um die Zustimmung des Klägers bemüht und dieser vor elf Zeugen sein Einverständniss erklärt habe. Also aus einer mündlichen Beredung zwischen den Parteien entnimmt Beklagter sein Recht [2]).

In einer süditalienischen Gerichtsurkunde von 981 entgegnet der Beklagte dem Kläger, er habe sich mit ihm früher dahin verglichen, dass Kläger nicht mehr als das bereits Erhaltene fordern dürfe [3]).

Die Behauptung, dass Kläger in Folge geschlossener Verträge kein Recht habe, findet sich in zwei weiteren cavenser Urkunden. Im Jahre 934 verlangt der Kläger vom Beklagten Herausgabe eines Theils des dem Beklagten von seinem Grossvater

---

[1]) Nr. 312. Cartulaire de Redon p. 148 n. 192. Th p. 115 n. 85 (828—840).

[2]) Nr. 241. Ried C. d. ep. Ratisb. I p. 24 n. 23.

[3]) Cod. Cav. II p. 160 n. 335; fast wörtlich übereinstimmend eod. p. 199 n. 361.

zugefallenen Grundstücks vor dem Thor von Nocera in Salerno. Der Beklagte erwidert, dass sein Grossvater und der eine seiner Brüder sich mit dem dritten Bruder, dem Grossvater des Klägers, abgetheilt hätten, so dass dieser kein Recht habe, den dritten Theil des genannten Grundstück zu fordern[1]).

Im Jahre 938 klagen zu Salerno zwei Brüder wider ihre drei Neffen um Güter, die ihnen, den Klägern, als Erbtheil ihres, der Kläger, Vaters zukämen. Die Beklagten behaupten dem gegenüber, dass die Kläger mit ihrem, der Beklagten, Vater die Erbschaft ihres Vaters in drei Theile getheilt hätten, die Kläger also kein Recht hätten jene zu ihrem, der Beklagten, Antheil gehörigen Güter zu beanspruchen[2]).

Als Beispiel für die Berufung auf einen Vertrag sei hier anch kurz auf eine wichtige paveser Urkunde von 762 hingewiesen[3]). Es handelt sich in ihr nm die Güter, die zu einem vom verstorbenen Gemahl der Klägerin gestifteten Armenhause gehören; Beklagter besässe sie zu Unrecht. Dieser beruft sich auf einen mit dem Stifter, seinem Bruder, abgeschlossenen Vertrag, nach welchem derjenige von ihnen beiden, der ohne eheliche Kinder sterben würde, den anderen beerben solle.

Hierher gehört endlich folgende farfenser Urkunde aus dem Jahre 776[4]). Es wird in ihr nm das zwischen dem Bischof von Rieti und dem Abt von Farfa streitige Gehöft Balberianus prozessiert. Auf die Klage des Bischofs, der sich auf Schenkung seitens des Lnpo bernft, entgegnet der Abt, Lupo habe das Gehöft gar nicht schenken können, denn dessen Vater habe es sich aus öffentlichem Besitz widerrechtlich angeeignet, nämlich vom Gehöft Germaniciana, dessen *actor* er war:

> *ipsum casalem pater ipsius Luponis Liutpert sibi apprehendit de publico, idest de curte Germaniciana, dum ibidem ipse per multos annos actor fuisset.*

Jenes Gehöft Germaniciana sei aber laut vorzulegenden

---

[1]) Cod. Cav. I p. 198 n. 155. Vgl. Brunner Urkunde S. 10.

[2]) Cod. Cav. I p. 210 n. 164.

[3]) Troya V p. 195 n. 791.

[4]) Reg. di Farfa II p. 89 n. 97. Fatteschi p. 277 n. 31. Galletti Gabio p. 92.

Praecepts von König Aistulf dem Kloster geschenkt worden. Darauf fährt der Abt fort, indem er sich an den vorsitzenden Herzog Hildeprand wendet:

> *et dum anno praeterito in praesentia istius dni Hildeprandi ducis Agio et Lectus cum Johanne vicedomino et suis sacerdotibus nobiscum de causa ista altercarentur, in tua, dne Hildeprande, praesentia, recordari potes qualiter inter nos iudicastis,* der Bischof von Rieti solle beweisen, dass ihm das Gehöft seitens der Pfalz *(per palatium)* geschenkt worden sei. Agio habe mit seinen Priestern Wadia gestellt, falls sie im bestimmten Termin beweisfällig bleiben würden, die Streitgegenstände herauszugeben.

Hier lässt also der Wortlaut vermuthen, dass die Vorlegung des Gerichtsprotokolls durch die persönliche Erinnerung des Vorsitzenden ersetzt worden ist, so dass dieser Fall den oben besprochenen gegenübersteht, in denen es sich um Berufung auf eine Gerichtsurkunde handelt.

Die Kläger waren nun in drei Terminen nicht erschienen, und wir besitzen noch das Versäumnissurtheil, das auf Antrag des Abtes im Januar 776 vom Herzog gegen sie erlassen worden ist; der Herzog befiehlt der zwischen den Parteien getroffenen Verabredung gemäss den Bürgen, das Gehöft dem Abt zu übergeben [1]).

In den bisherigen Erörterungen handelte es sich um die Fälle, in denen Beklagter sein Recht aus einem unter Lebenden geschlossenen Rechtsgeschäfte herleitete. Jetzt sind die Fälle zu betrachten, in denen er behauptete, das Gut ererbt zu haben, die Berufung auf Erbrecht. Die Wirkungen einer solchen Behauptung auf die Beweisvertheilung werden im nächsten Kapitel erörtert werden.

Den Fall, dass der Beklagte sich auf Besitzerwerb durch Erbrecht beruft [2]), finden wir bereits ausdrücklich in der Lex Ribuaria bedacht; in den Worten (67, 5)

> *si quis pro hereditatem vel pro genuitatem certare coeperit post malo ordine*

---

[1]) R. di Farfa II p. 88 n. 95.

[2]) Vgl. Heusler Gewere S. 87.

wird der Beklagte bezeichnet, der „nach der Beschuldigung widerrechtlichen Besitzerwerbs sich auf sein Erbrecht beruft“ [1]).

In der ältesten Gerichtsurkunde aus der Bretagne, in der berichtet wird, wie zwei Abgesandte des Grafen Frodald inquirieren, mit welchem Rechte ein gewisser Anau den Flecken Landegon besässe, heisst es von diesem Anau, er habe erwidert,

> *quod paterno hereditario ab avis et proavis iure hereditario tenebat* [2]).

Auch die älteste Gerichtsurkunde aus der Sammlung des Klosters Cluny gehört hierher. Ein gewisser Aimo wird im Grafengericht zu Mâcon verklagt, dass er eine Mühle widerrechtlich besässe. Darauf erwidert er:

> *de isto molino quod mihi mallabas, secundum legem plus debet esse [mihi] de partibus genitore meo, tam de hereditate seu conquesto, quam [tuus].*

Der Beklagte begnügt sich hier nicht damit, den Grund seines eigenen Rechtserwerbs zu nennen, sondern — denn so scheinen die letzten Worte ausgelegt werden zu müssen — er fügt hinzu, auf welchen Titeln (Erbrecht und *conquestus*) der Besitz seines Erblassers beruhte [3]).

Das gleiche finden wir in einer anderen cluniacenser Urkunde vom Jahre 953. Hier handelt es sich um eine vom Kloster Cluny wider einen gewissen Hugo erhobene Klage um mehrere dem Kloster vom Grafen Willelmus geschenkte Besitzungen. Der Beklagte entgegnet,

> *quod ipsas res de parte matris sue Dodane tenebat, per donum et per cartam que Leutbaldus senior eius incartavit, et pro hoc tenet* [4]).

Also nicht allein, dass Hugo behauptet, Erbe seiner Mutter zu sein [5]), er giebt auch an, auf welche Weise

---

[1]) So übersetzt sinnentsprechend v. Bethmann-Hollweg Civilprozess I S. 57 Anm. 17; vgl. S. 492 Anm. 62.

[2]) Nr. 137. Cartulaire de Redon p. 147 n. 191. Th p. 76 n. 63. (797).

[3]) Nr. 424. Chart. de Cluny I p. 34 n. 29. Th p. 161 n. 109 (887).

[4]) Nr. 529. Chart. de Cluny I p. 810 n. 856.

[5]) Wenigstens scheinen die Worte *tenere de parte matris* diese Erwerbsart zu bezeichnen.



seine Mutter in den Besitz der auf ihn vererbten Gegenstände gelangt ist.

Es wird im nächsten Kapitel davon zu handeln sein, warum hier auch das Recht des Erblassers bewiesen werden muss; wir werden sehen, dass es auf einem der Kirche im westfränkischen Reich ertheilten Privileg beruhte.

Einfach auf Erbrecht berufen sich zwei beklagte Eheleute, denen die Mönche von Cluny vorwerfen, sie wären widerrechtlich in einen dem Kloster gehörigen *mansus indominicatus* eingedrungen; es heisst von den Beklagten,

proclamabant ipsas res de illorum ereditatem [1]).

Sehr anschaulich ist ferner eine zu Arles 967 stattgehabte Gerichtsverhandlung. Der Bischof von Marseille interpelliert zwei Leute und ihre Erben

de terra s. Victoris . . . , quod contra legem et malum ordinem invaserunt, tenuerunt ac possederunt.

Er beansprucht also das Land als Eigenthum des Klosters, als *causa sanctuaria*, wie nachher gesagt wird. Dem gegenüber berufen sich die Beklagten darauf, dass sie es als freies Eigen von seiten ihrer Vorfahren ererbt hätten:

de ista interpellatione unde Honoratus episcopus nos interpellavit, de ipsis vineis et de ipsis campis iam supra scriptis, melius debent nostras esse ex projenie parentorum nostrorum, quam episcopi propter nullam causam sanctuariam succedere [2]).

Von ostfränkischen Urkunden kann zunächst das zu Diedenhofen zwischen 777—791 von Karl den Grossen abgehaltene Placitum [3]) angeführt werden, auf das auch Heusler zu gleichem Zweck hinweist [4]). Der Erzbischof von Trier beansprucht den Brüdern Wido, Hrodoldus und Warnarius gegenüber das Kloster Mettlach. Dies Kloster war vom Bischof Leodonius von Trier der Peterskirche dort geschenkt worden. Als ihm sein Sohn

---

[1]) Nr. 536. Chart. de Cluny II p. 130 n. 1037 (957).

[2]) Nr. 571. Cartulaire de St. Victor de Marseille p. 307 n. 290. Th p. 201 n. 137.

[3]) Nr. 130. Forschungen zur deutschen Geschichte III p. 151. Beyer mittelrhein. UB I p. 32 n. 27. Mühlb. 252.

[4]) Gewere S. 87.

Milo als Bischof gefolgt war, war es diesem von Karl Martell als Beneficium bestätigt und von ihm mit Äbten besetzt worden. Ein zweiter Sohn des Bischofs Leodonius war aber Wido; dessen Sohn Lambertus hatte das Kloster mit Gewalt an sich gerissen.

Darum war schon einmal vor dem Königsboten Wicbertus gegen die drei genannten Brüder, die Söhne des Lambertus und Enkel des Wido, Klage erhoben worden. Schon damals war dem Bisthum das Kloster zugesprochen worden; es scheint aber seitens der drei Brüder die Herausgabe verweigert worden zu sein, so dass nunmehr nochmals im Königsgericht gegen sie verhandelt wird; die Beklagten berufen sich hier, wie auch gewiss schon das erste Mal, auf ihr Erbrecht, indem sie erklären,

ut eorum fuisset vestitura, quia genitor eorum Lantbertus in legitima alode eos vestitos dimisisset.

Indem sie also rechtmässige Erben zu sein erklären, leugnen sie zugleich die von den Klägern behauptete gewaltsame Besitzergreifung ihres Erblassers und behaupten auch dessen rechtmässigen Besitz.

Häufig ferner begegnet uns diese Art der Begründung in Baiern.

Mit ihr versucht es Reginbertus, gegen den der Freisinger Vogt auf Herausgabe von Gütern klagt, die der Vetter des Beklagten der Kirche des h. Tertullianus zu Slechdorf geschenkt habe:

ipsas in hereditatem propriam retinere temptabat[1]).

Wenn 823 im Gericht der Königsboten zu Oberföhring die Kirche von Freising von Adaluni Herausgabe der Kirche zu Holzhausen verlangt, so erwidert der Beklagte, die eine Hälfte habe er als *beneficium dominicum,* die andere *suam hereditatem fuisse*[2]); wenn 840 um die Kirche zu Strogen gestritten wird, so vertheidigen sich die Beklagten mit der Antwort

---

[1]) Nr. 167. Meich. I 2 p. 89 n. 117 (804). Mon. Boica IX p. 18 n. 11. Freilich kann das auch bloss heissen, er versucht sie als sein Eigenthum zu behaupten.

[2]) Nr. 243. Meich. I 2 p. 248 n. 472. Auch hier kann *hereditas* allerdings möglicherweise bloss „Eigenthum“ bedeuten.

se ipsam ecclesiam seu quisquid ibidem habuerunt eorum esse debere hereditatem [1]).

Die angeführten drei bairischen Beispiele möchten vielleicht als hier nicht passend zurückgewiesen werden. Denn es ist zuzugeben, dass in ihnen der Ausdruck *hereditas* ebenso gut in dem nicht selten vorkommenden allgemeineren Sinn von Eigenthum schlechthin gebraucht sein könnte. Dann würden also jene Beispiele nur eine einfache Berufung des Beklagten auf sein Recht enthalten. Zweifellos aber ist folgender Fall.

Als im Jahr 829 im Grafengericht zu Haimhausen der Vogt der Freisinger Kirche wider Oadalpald um die einst von Hludolfus an die Kirche tradierte Besitzung zu Sulzrain Klage erhebt, erwidert Oadalpald

> *se non debere hanc causam reddere, eo quod Hludolfus illum* (ihn den Beklagten) *cum ipsa causa hereditaret et sibi in hereditatem dimitteret* [2]).

Nun sollen noch einige italienische Urkunden vorgelegt werden.

Eine luccheser Urkunde aus dem Jahre 785 sei zunächst erwähnt, wenngleich es sich in ihr nicht um eigentlichen Immobiliarprozess handelt.

Der Bischof von Lucca führt in seiner gegen den Kleriker Agiprand und dessen Vater Alprand erhobenen Klage aus, Agigrand sei vom Bischof Peredeus ordiniert worden

> *in ecclesia nostra s. Petri et in omnia res eidem ecclesiae pertinentes;* aber darauf *inimicus suadentes temptus (= temptatus) est in adulterium et in aliam malitiam.*

Desshalb dürfe er nach göttlichen und kanonischen Rechten die Kirche nicht länger behalten. Darauf erwidert der Vater des beklagten Klerikers, die Kirche mit Zubehör dürfe seinem Sohn nicht genommen werden,

> *quia non abemus per ordinationem Peredei episcopi sed per hereditatem Dammiani presbiteri socero meo avone istius Agiprandi clerici*;

niemals habe die Kirche dem Bisthum von Lucca gehört, sondern sie sei immer Eigenthum des Dammianus gewesen, dessen

---

[1]) Nr. 298. Meich. I 2 p. 313 n. 610.

[2]) Nr. 265. Graf Hundt Abhandlungen XIII p. 12 n. 14.

Erben sie seien, da er, Alprand, die Tochter des Dammianus geheirathet habe[1]).

Auf die 848 gleichfalls zu Lucca vom Vogt der Marienkirche zu Campoli erhobene Klage, die Brüder Rachinprando und Andreas besässen zu Unrecht einige von Racchisi der Kirche geschenkte Güter, erwidert der Vogt des Beklagten, sie besässen die Güter desshalb,

> *eo quod ipse Racchisi presbiter noster fuit propinquiores parentes; et legibus per eius subcessionem omnes res eius nobis pertinet ad hereditandum*[2]).

Ähnlich lautet die Ewiderung auf eine vor dem Königsboten zu Como 865 erhobene Klage des Ambrosiusklosters zu Mailand; die drei beklagten Brüder erklären: wir besitzen die streitigen Güter zu Dugno und Gravadno

> *pro eo, quod quia aviani nostre fuit, et nos per legem hereditatem habere debemus*[3]).

In einem von den Beklagten ausgestellten Memoratorium über einen Prozess, den sie mit zwei Brüdern gehabt hatten um einen Berg, den die Kläger laut vorgelegter Urkunde von Ermepertus erworben zu haben erklärten, berichten sie, sie hätten auf diese Klage geantwortet:

> *ut non ipse Ermepertus absque heredes defunctus fuisse, sed nos ei hereditare debemus*[4]).

Dem Abt Gregorius, der Urkunden vorlegt, auf Grund deren er Besitzungen zu Nocera beansprucht, erwidern die Beklagten, sie hätten zwar keine Urkunden, aber ihr Recht beruhe darauf,

> *ut genitori et abio eorum fuisset et eorum esset pertinentes per subcessione*[5]).

---

[1]) M. di Lucca V 2 p. 118 n. 202. Muratori Ant. I c. 745. Brunetti II, 1 p. 263 n. 24. Eigenthümlich ist, dass der Vater des Beklagten antwortet.

[2]) M. di Lucca V 2 p. 396 n. 661. Muratori Ant. I c. 505 (auf diese Urkunde macht Heusler Gewere S. 87 aufmerksam).

[3]) Cod. Lang. c. 395 n. 236. Muratori Ant. V c. 275. Fumagalli p. 383.

[4]) Cod. Cav. I p. 237 n. 184 (954).

[5]) Cod. Cav. II p. 1 n. 211 (960).

Ähnlich wird ein andermal von dem Beklagten behauptet, die eingeklagten Grundstücke

debere per ereditacionem abii et genitori sui[1]);

oder von den Beklagten erklärt,

ut per parentes suos et per rationem illut tenere et dominare[2]).

Einige Fälle, in denen der Beklagte sich auf einen die Erbschaftsgegenstände betreffenden Vertrag beruft, sind bereits oben (S. 139 f.) zur Sprache gekommen.

Von derjenigen Art der Klagebeantwortung, in der sich der Beklagte auf derivativen Erwerb beruft, können wir nunmehr zu der Behauptung originären Rechtserwerbes übergehen. Da die Wahrscheinlichkeit festgestellt worden ist, dass die Berufung auf einen Gewähren und im Anschluss daran die auf eine Erwerbsurkunde die frühesten Einreden des fränkischen Prozesses gewesen sind, so ergiebt sich daraus, dass die Möglichkeit, das Recht auf originäre Erwerbung zu gründen, für den Beklagten erst später sich entwickelt hat.

Unter den Fällen der Berufung auf originären Rechtserwerb kommt wenigstens ein urkundliches Beispiel dafür vor, dass der Beklagte der Klage Okkupation herrenlosen Landes entgegenhält. Es geschieht das in einer bereits anderweitig behandelten septimanischen Urkunde aus dem Jahre 852. Im Grafengericht zu Crespian erhebt der Mandatar des Abtes von Caunes wider Odilo Klage um den Wald Spinasaria und zwar

pro terras cultas hac incultas, ubi et domnos constructos abet, dicens: iuvete me audire; iste praedictus Odilo prendit ipsas res de potestate Gondesalvio abbate iniuste, malum ordine, suam praesumsione, absque iudicio, dum ipse abba recte iure hoc abuisset.

Dieser nicht näher begründeten Behauptung des klägerischen Rechtes erwidert der Beklagte, nachdem er von den Gerichtsbeisitzern gefragt worden ist, was er antworten wolle, folgendes:

manifeste verum est quod ipsas res ego retineo, set non iniuste, quia de eremo eas tracxi in aprisione.

Also er behauptet, er habe sie als herrenloses, ödes Land

---

[1]) Gattula I p. 308 (963).

[2]) Cod. Cav. III p. 71 n. 507 (997).

durch Besitzergreifung an sich gebracht[1]). Allerdings ist nun der weitere Verlauf des Rechtsstreits der, dass nicht der Beklagte, obwohl seine Antwort durch Berufung auf den Rechtserwerb die nackte klägerische Behauptung übertrifft, sondern vielmehr der Kläger zum Beweise kommt. Aber das hat seinen Grund nicht etwa darin, dass sich der Beklagte auf eine rechtlich unerhebliche und unwirksame Eigenthumserwerbsart berufen hätte, sondern darin, dass der Kläger Zeugen und Urkunden anbietet, um sein Recht zu beweisen, während der Beklagte erklären muss, seine Behauptung nicht beweisen zu können. Damit musste nach allgemeinen Grundsätzen, die wir im dritten Kapitel kennen lernen werden, die Beweisrolle auf den Kläger übergehen.

Neben dieser Urkunde kann aber noch eine Gesetzesstelle genannt werden. Die Lex Baiuwariorum nämlich lässt den Beklagten, gegen den wegen *malo ordine invasio* Klage erhoben worden ist, hierauf entgegnen:

> *ego in tua opera priore non invasi contra legem, nec cum sex solidis componere debeo nec exire, quia mea opera et labor prior hic est quam tuus*[2]).

Bereits Beseler[3]) hat diese Stelle mit Recht dahin ausgelegt, dass sich hier der Beklagte auf Erwerb durch Okkupation, durch Rodung, d. h. auf Neubruch beruft, dass es sich hier also nicht schlechtweg um den Vorzug des älteren Besitzes handelt.

Wir fügen hier, wie oben, die Fälle an, in denen der Beklagte sein Recht darauf stützt, dass er während eines längeren Zeitabschnittes von bestimmt oder unbestimmt angegebener Dauer im Besitz des fraglichen Grundstücks gewesen sei.

Es ist schon oben (S. 79 f.) von dieser Art, das behauptete Recht zu begründen, gesprochen worden; wir sahen, dass auch der Kläger sie bei der Klageerhebung verwendete.

Beruft sich der Besitzer auf langen Besitz, so ist es ja, um darauf noch einmal hinzuweisen, von selbst klar, dass er es

---

[1]) Oder wie Thévenin übersetzt: *je les ai pris en territoire désert (sans maitre).*

[2]) Lex Baiuw. 17, 2.

[3]) Neubruch S. 12.



gerade dadurch vermeidet, die Art des Erwerbs, also den Rechtstitel im eigentlichen Sinn, angeben zu müssen. Denn wie wir schon oben mit Henslers Worten[1]) hervorhoben, „der Beweis dreissigjähriger Rechtsübung befreit von der Pflicht, sich über seinen Besitztitel zn verantworten"; macht sich also der Beklagte anheischig, dreissigjährigen oder langjährigen Besitz überhaupt zu beweisen, so ist die Berufung auf einen Titel nicht erforderlich. Man kann daher streng genommen diejenigen Fälle, in denen der Beklagte auf diese Weise seine Vertheidigung einleitet, nicht zn denen rechnen, in denen Angabe des Rechtserwerbs, oder bestimmter des originären Rechtserwerbs, Fundament der Klageerwidernng ist.

Die Daner der Rechtsausübung hat nicht, wie dies bei der römischen Usukapion der Fall ist, ein Recht entstehen lassen; aber wenn anch nicht diese positive, so hat sie doch die negative Wirkung gehabt, dass der Besitzende nunmehr unter Berufung auf sie dem Rechte als der zu Schützende gilt. Darum mag es also gestattet sein, hier wie oben nnter der Kategorie der originären Erwerbsart diese Fälle zu behandeln. Es sind im Wesentlichen ganz dieselben Verhältnisse, die wie oben zur Begründung der Klage, so hier zur Begründung der Klagebeantwortung hervorgehoben werden.

Zunächst die dreissigjährige Dauer des nngestörten Besitzstandes, deren Bedeutung gleichfalls unter den Klagebegründungen besprochen worden ist. Sowohl in fränkischen als besonders in italienischen Urknnden beruft sich der Beklagte auf sie.

So erklärt z. B. in einem Rechtsstreit, der 888—898 zu Mâcon zwischen dem Vogt der Laurentiuskirche und Walcaudus um einen Weinberg geführt wird, der Beklagte in seiner Antwort:

> *quod per se et suos donatores per triginta annos et amplius legibus vestiti fuerunt absque ulla partione s. Laurentii vel suos rectores*[2]).

Dem Abt von Cluny, der 925 vom Vogt der Peterskirche Herausgabe von Besitzungen im Gau von Lyon beansprucht, die

---

[1]) Gewere S. 80.

[2]) Nr. 452. Cartulaire de Mâcon p. 169 n. 284.

ihm aus der Erbschaft seines Bruders Samson zukämen, entgegnet der Vogt:

quod XXX annis inter Samson et s. Petrum de ipsis rebus et manopiis (= mancipiis) vestiti legaliter fuissent[1]).

Die Vertreter des Klosters Monte Cassino behaupten dem Kleriker Jaquintus gegenüber, der im Gericht zu Teano 915 von ihnen ein dort gelegenes Grundstück beansprucht, die Angabe des Klägers sei nicht wahr,

sed indicata terra . . . pars suprascripti monasterii per triginta annos possedissent[2]).

Auf einem 945 zu Reggio vor einem Missus des Königs Hugo abgehaltenen Gerichtstage erklärt der Beklagte Rodulfus, er habe im vorangegangenen ersten Termin dem Kläger, dem Bischof von Reggio, geantwortet, er habe die streitige Kapelle zu Erbaria allerdings besessen,

pro eo quod ego et quidem Unrocho comes genitor meus heas habuissemus et detenuissemus ad nostram proprietatem per annos triginta[3]).

Auch in einem 884 wider den Vogt der bischöflichen Kirche von Lucca geführten Prozesse erklärt der Beklagte, allerdings erst im vierten Termin und nachdem er vorher verschiedene andere Einwendungen gemacht hat, seine Kirche sei dreissig Jahre lang im Besitz der streitigen Grundstücke gewesen[4]).

Neben dem dreissigjährigen findet sich an einigen Stellen, auf die bereits Heusler[5]) aufmerksam macht, auch der einunddreissigjährige Besitz angeführt, nämlich in einer Formel aus der Sammlung von Sens, in der der Beklagte in Erfüllung des Beweisurtheils mit Eidhelfern beschwört, den Streitgegenstand einunddreissig Jahre lang besessen zu haben[6]), und in einem Placitum Königs Theoderich III. vom Jahre 679, in dem gleichfalls der Beklagte mit sechs Eidhelfern den ihm

---

[1]) Nr. 495. Chart. de Cluny I p. 242 n. 251. Th p. 183 n. 125.

[2]) Gattula I p. 88.

[3]) Tiraboschi Modena I b p. 112 n. 92. Muratori Ant. I c. 463.

[4]) M. di Lucca IV 2 p. 65 n. 49 und V 2 p. 569 n. 930. Vgl. ausserdem Heusler Gewere S. 84, der als weiteres Beispiel die Urkunde Cod. Lang. c. 395 (865) anführt.

[5]) Gewere S. 89.

[6]) Nr. 100. Cart. Sen. n. 21 MGF p. 194.

auferlegten Eid dahin leistet, dass er und sein Vater die streitigen Grundstücke zu Bactilione Valle einunddreissig Jahre lang besessen hätten[1]). Diese Kombination römischer Verjährungs- und deutscher Verschweigungsfrist ist in späterer Zeit häufig. Heusler vermuthet, dass man hier in diesem einem Jahre vielleicht eine Spur der rechten Gewere des späteren Mittelalters erblicken könnte; ich wüsste nichts dafür oder dagegen anzuführen, jedenfalls ist die Spur nur eine sehr leise, denn sie findet sich, soviel ich sehe, nirgends sonst als in den beiden genannten Fällen, so dass also jene Formel damals noch nicht oft befolgt worden zu sein scheint, vielleicht selbst nur nach einem vereinzelt vorgekommenen Fall gearbeitet worden ist, in dem gerade statt dreissig einunddreissig Jahre verflossen waren. Denn man scheute sich nicht, wo es ging, über die Zahl dreissig hinauszugehen; in einem bereits angeführten Beispiel haben wir gesehen, dass von *triginta annos et amplius*[2]) geredet wird; in einem anderen ist von vierzig-, funfzig- und hundertjährigem Besitzstand die Rede[3]).

Berufung auf vierzigjährigen Besitz findet sich auch in einer paduaner Urkunde vom Jahre 994. Die Beklagten, drei Priester des Zachariasklosters zu Venedig und der Klostervogt, erklären, sie hätten die Kapelle der heiligen Thomas und Zeno zu Monselice nicht *malo ordine* und *contra legem* besessen,

> *sed ista capella per XL annos ad proprium pars iam dicti monasterii s. Zachariae ad proprium habemus possessum*[4]).

Vierzigjährige Verjährungszeit gilt bekanntlich nach römischem Recht für Kirchen und milde Stiftungen in allen den Fällen, in denen sonst die kürzere Verjährungszeit berechnet werden würde; für die römische Kirche dagegen bildete sich das Privileg der hundertjährigen Verjährungszeit heraus.

Wenn dagegen im Jahre 891 zu Cremona der beklagte Vogt des Bischofs von Cremona dem klagenden Vogt des könig-

---

[1]) Nr. 34. DDM p. 45 n. 49. Tardif p. 18 n. 22. Pardessus II p. 185 n. 394.

[2]) Nr. 452. Cartulaire de Mâcon p. 169 n. 284.

[3]) Fantuzzi II p. 13 n. 5. Vesi doc. I p. 22.

[4]) Gloria Cod. dipl. Padovano p. 106 n. 73. Antich. Est. I p. 128.

lichen Hofes Sexpilas die Einrede entgegenhält, das Bisthum besässe die eingeklagte Uferstrecke am Po nebst zwei Inseln, Häfen und Mühlen *non contra legem*,

> *pro eo quod per sexaginta annos ad suam detinet proprietatem* [1]),

so hat dies Vorschützen sechzigjährigen Besitzes seinen Grund in der Vorschrift des langobardischen Edikts, in dem ein Gesetz König Liutprands vom Jahre 726 [2]) für *causae regales* eine Ausnahme von der sonst üblichen und von ihm anerkannten dreissigjährigen Frist aufstellt. Es bestimmt nämlich, dass derjenige, *qui aliquit de puplico habet*, erst nach sechzig Jahren zu unanfechtbarem Besitz gelangen solle, mit Rücksicht darauf, dass schon König Rothari (c. 369) die Busse *in causae regales* doppelt so hoch als in anderen Fällen angesetzt habe:

> *propterea nobis rectum cum nostris iudicibus conparuit esse, ut et in ista causa de possessione duplicentur ipsi anni, ut fiant sexaginta.*

Wie schon aus einigen der angeführten Beispiele hervorgeht und gleichfalls bereits oben erwähnt worden ist, berechnete man die besprochenen Fristen nicht nur mit der Zeit, in der man selbst Besitzer gewesen war, sondern es wurden auch die Jahre hinzugezählt, durch die hindurch die Grundstücke im Besitz der Rechtsvorgänger, zumal der Erblasser, gestanden hatten.

Man konnte, wenn die ununterbrochene Fortdauer des Besitzes nicht weiter in Frage stand, sich dann auch damit begnügen, nur den Besitz der Rechtsvorgänger hervorzuheben, was dann im Grunde nichts anderes bezweckte, als die lange Dauer des gegenwärtig bestehenden Zustandes zu betonen.

So wird es wohl zu verstehen sein, wenn es in einer bairischen Gerichtsurkunde vom Jahre 803 vom beklagten Abt heisst:

> *ipsa parrochia et ecclesias in possessione antecessorum suorum retinere temptabat*;

d. h. er berief sich auf den Besitz seiner Amtsvorgänger [3]).

---

[1]) Cod. Lang. c. 580 n. 349. Muratori Ant. II c. 981.
[2]) Liutpr. 78.
[3]) Nr. 168. Meich. I 2 p. 91 n. 120.

Auch gehört es hierher, wenn 845 der beklagte Vikar als Vertreter des Fiskus dem um den Hafenzoll klagenden Bischof von Marseille erwidert, bereits sein Vorgänger sei mit jenem Zoll investiert gewesen[1]).

Die Erwiderung dagegen, die ein Beklagter zu Lucca 807 dem Kläger giebt, er besässe die eingeklagten Besitzungen mit Recht,

> *eo quod fuit ipsius Homuli clerici* (der sie der klagenden Kirche geschenkt haben soll), *avii mei, et ipsius patris mei,*

gehört wohl eher unter die Berufungen auf das Erbrecht[2]).

Auch in der Erwiderung des Beklagten wird (wie oben in der Klage) häufig gar nicht auf einen Besitzstand von bestimmter Dauer, sondern überhaupt nur auf langen Besitz hingewiesen.

Als nicht italienisches Beispiel kann eine in die Jahre 949—954 fallende Züricher Urkunde angeführt werden. Rubo hatte wider das Chorherrenstift um ein von seinem Grossvater Meginhard mit Hülfe von Stiftshörigen urbar gemachtes Grundstück in der Mark von Höngg Klage erhoben, der die Fratres entgegneten, sie müssten widersprechen,

> *quia multa tempora in vestitura ecclesiae fuit et nusquam in suam neque sui patris venit*[3]).

Von italienischen Urkunden könnte man hier vielleicht den Prozess zwischen dem Gastalden Rimo und dem Bischof von Rieti anführen, der im Jahre 777 zu Spoleto vor Herzog Hildeprand verhandelt wird. Der Beklagte sagt auf die Behauptung des Klägers, dass die Kirche des Erzengels Michael zu Rieti immer *ad ius et defensionem palatii* gehört habe, dies sei nicht wahr, *sed semper ad aecclesiam Reatinam pertinuit*; er behauptet also damit andauernd ausgeübtes Besitzrecht[4]).

Deutlicher ist eine paveser Urkunde aus dem Jahre 915, in der es sich um einen Streit zwischen dem Kloster Bobbio

---

[1]) Nr. 321. Cartulaire de St. Victor de Marseille p. 32 n. 26. Th p. 108 n. 80.

[2]) Mem. di Lucca V 2 p. 198 n. 335.

[3]) Nr. 533. UB der Stadt und Landschaft Zürich I p. 92 n. 200.

[4]) R. di Farfa II p. 93 n. 103. Fatteschi p. 278 n. 32.

und dem Markgrafen Radaldus um den Hof Barbada handelt; der Beklagte und sein Vogt leugnen die Rechtswidrigkeit ihres Besitzes und berufen sich auf dessen lange Dauer [1]).

Nah verwandt mit dieser Art der Vertheidigung ist es dann auch, wenn der Beklagte nicht gerade eine bestimmte Zeitdauer, sondern die alte Gewohnheit als Rechtfertigungsgrund anführt, wie wir das mehrmals finden.

So z. B. erklärt in einem Placitum König Pipins vom Jahre 753 Graf Gairehard von Paris, den die Mönche von St. Denis verklagt hatten, weil er ohne dazu berechtigt zu sein im Gau von Paris Marktsteuern erhebe, den Klägern gegenüber, die zum Beweise ihres Rechts königliche Privilegien und Gerichtsurkunden vorgelegt hatten, er habe nur dem von jeher bestandenen Rechte entsprechend gehandelt,

> *quomodo a longum tempus tempora regum ibidem fuit consuetudo* [2]).

In einer septimanischen Urkunde von 836 erklären die Beklagten auf die Klage des Abtes von Cauquens, die beanspruchten Ländereien gehörten in ihr Gebiet; und dafür berufen sie sich auf die von Alters her gezogenen Grenzen [3]).

So erwidert ferner im Jahre 874 zu Mailand im Gericht der Königsboten der Bischof von Como mit zwei Vögten, gegen die der Abt des Ambrosiusklosters wegen unrechtmässiger Ausübung von kirchlichen Rechten und wegen Besitzstörungen in mehreren dem Kloster gehörigen Gehöften und Kirchen Klage erhoben hatte, unter anderem auch wegen widerrechtlicher Pfändung:

> *verum est ibi suprascripti homines pignorarunt; non pro aliut ibi venerunt aut pignoraverunt, nisi quod pars episcopati suprascripti consuetudinem fuit* [4]).

So endlich weist zu Lucca im Jahre 892 der verklagte Kustos der Martinskirche zu Arliano die Klage wegen unrechtmässig erhobener Zehnten mit den Worten zurück:

---

[1]) Cod. Lang. c. 793 n. 459. Muratori Ant. VI c. 305. Lupus Cod. dipl. Berg. II c. 91. Mon. Patriae Chart. I p. 120.

[2]) Nr. 79. Tardif p. 46 n. 55. Bouquet V p. 699. Mühlb. 71.

[3]) Nr. 287. Vaissete II c. 194 n. 90.

[4]) Cod. Lang. c. 435 n. 258. Fumagalli p. 424. Muratori Ant. V p. 987.

vere tibi iniuste non fecit, sed offertas et decimas ipsas de predicti hominibus de suprascripti locibus tullit, pro eo quod abuerunt consuetudo eas dare ad pars ecclesiae s. Martini [1]).

In diesem Zusammenhang mag eine Bestimmung der Lex Baiuwariorum (12, 4) angeführt werden, in der dem unrechtmässigen Besitzer verboten wird, in Grenzprozessen gegenüber von *signa evidentia*, d. h. unzweifelhaften Grenzzeichen, die Einrede der *longa possessio* zu erheben; er darf sich nur auf rechtmässigen Erwerb von seiten eines Dritten stützen. Ein praktischer Fall zur Veranschaulichung ist mir nicht zur Hand.

Zum Schluss dieses Abschnittes ist endlich noch auf eine abweichende Form aufmerksam zu machen, in der selten einmal der Beklagte seine Entgegnung vorbringt.

Wir haben im ersten Kapitel gesehen, dass einige Beispiele vorkommen, in denen der Kläger dem allgemeinen Charakter des deutschen Prozesses entgegen seinen Anspruch nicht auf das Unrecht des Beklagten, sondern auf das eigene Recht stützte, eine Form der Klage, die späterhin von den langobardischen Juristen als die einzig mit den römischen Grundsätzen übereinstimmende empfohlen wurde. Dem entspricht es nun, wenn in einigen seltenen Fällen der Beklagte zur Begründung seines Rechts in der Klagebeantwortung nicht sowohl angiebt, wie sein Recht entstanden sei, als vielmehr ausführt, dass und aus welchen Gründen von einem Recht des Klägers keine Rede sein könne. Er behauptet also indirekt sein eigenes Recht.

Als Beispiele derartiger Fälle, in denen der Beklagte indirekt eine Begründung seines Rechtes dadurch giebt, dass er ausführt, warum sein Gegner kein Recht habe, können folgende Urkunden angeführt werden.

Eine Urkunde aus der spanischen Mark von 843, in der vom Bischof von Gerona wider den Vertreter des Fiskus um den dritten Theil der Wasser- und Landzölle aus den Grafschaften von Ampurias und Pietralata Klage erhoben wird.

---

[1]) M. di Lucca V 2 p. 607 n. 982 und IV, 2 p. 63 n. 48. In Bezug auf Gewohnheitsrecht ist zu vergleichen Reg. di Farfa II p. 89 n. 97 (776): der Vorsitzende zieht Erkundigungen ein über ein etwa im Herzogthum Spoleto bestehendes Gewohnheitsrecht.

Der Beklagte, dem vorgeworfen wird, dass er jene Zölle dem Kläger *contendit iniuste et contra legem*, also widerrechtlich vorenthalten habe, erwidert nun nicht damit, dass er sagt, aus welchem Grunde er ein Recht auf jene Abgaben habe, sondern er führt aus, das jenes niemals dem Bischof oder seinen Vorgängern zugestanden habe

> *nec esse debet recto ordine, nec per iussione domni imperatoris vestituram exinde non habuerunt.*

Es ist sehr leicht möglich, dass auch hier römischer Einfluss wirksam gewesen ist; das scheint auch daraus hervorzugehen, dass trotz dieser Einrede, die nach fränkischem Recht dem Beklagten den Beweis gesichert haben würde, nicht der Beklagte, sondern der Kläger zum Beweise kommt[1]).

Zweifellos römisch ist das Verfahren in einer Urkunde aus der Romagna vom Jahre 885. Nachdem der Kläger, der Bischof von Rimini, sein Recht behauptet hat, entgegnet der Beklagte, ein klägerisches Recht sei nicht vorhanden:

> *non vole Deo quia ipse res unquam de tua ecclesia fuisse, nec namfra quadraginta, nec namfra quinquaginta, nec namfra centos annos, neque numquam ipse res non habuistis neque a manibus vestris umquam detinuistis neque vestris antecessoribus.*

Und hierauf wird dem römischen Verfahren entsprechend der Kläger zum Beweise zugelassen[2]).

---

[1]) Nr. 318. Marca Hisp. c. 799, 780 n. 16, 17.

[2]) Fantuzzi II p. 13 n. 5. Vesi doc. I p. 122. Zu vgl. Ficker Forschungen I S. 53, 56.

Drittes Kapitel.

Die Beweisvertheilung.

Der alte Prozess beruht auf dem Parteibetrieb. Die Worte und Handlungen der Parteien bestimmen seinen Verlauf. Die für den Ausgang des Prozesses entscheidende Frage ist, welche von den Parteien zum Beweise gelangen soll. Es giebt im alten Prozess keine über den Parteien stehende Gewalt, die hierüber in freier Würdigung der Umstände des einzelnen Falls bestimmen könnte. Die Vertheilung der Beweisrollen hängt von den Worten und Handlnngen der Parteien ab. Die Art nnd Form, in der die Klage erhoben und beantwortet wird, enthält bereits die Antwort auf die Frage, wer zn beweisen hat. Auch die Beweisvertheilung wird von dem Formalismus des Verfahrens beherrscht.

Die formalen Grnndsätze der Beweisvertheilung sollen in diesem Kapitel an der Hand der uns überlieferten Beispiele des Immobiliarprozesses dargestellt werden.

Dagegen kann nicht beabsichtigt werden, auf die Lehren von den einzelnen Beweismiteln (Eid, Gottesurtheil, Urkunde, Zeugen), noch auf die Regeln des Beweisverfahrens einzugehen. Denn es lassen sich diese Dinge nicht in Beschränkung auf den Immobiliarprozess behandeln, abgesehen davon, dass der erschöpfenden Darstellung, die wir jetzt im zweiten Bande von Brunners Rechtsgeschichte besitzen, nichts Wesentliches hinzugefügt werden könnte.

Für eine Darlegung jener Rechtssätze über die Beweisrolle bieten dagegen gerade die erhaltenen Gerichtsurkunden, die ja meistens Immobiliarprozesse betreffen, ein reiches Material.

Wir werden sehen, dass sich diese Rechtssätze auf einige wenige Principien zurückführen lassen, auf Principien, die sowohl dem Prozessrecht als auch dem Immobiliarsachenrecht angehören.

Das alte Prozessrecht wägt zunächst genau die Behauptungen der beiden Parteien ab. Sind sie sich in ihrer rechtlichen Bedeutung gleich, sind sie rechtlich gleich erheblich oder gleich unerheblich, so ist der Anschauung des deutschen Rechts entsprechend der Beklagte der Nähere zum Beweise.

Sind dagegen die Behauptungen der Parteien rechtlich ungleich, sind die der einen Partei rechtlich erheblicher als die der anderen, so gelangt diejenige Partei zum Beweis, die die rechtlich erheblichere Behauptung aufgestellt hat.

Wonach wird nun aber die rechtliche Erheblichkeit der Parteibehauptungen beurtheilt?

Zwei Gesichtspunkte kommen hier in Betracht. Eine Parteibehauptung kann erstens aus formellen und zweitens aus materiellen Gründen erheblicher sein als die des Gegners.

Aus formellen Gründen ist sie erheblicher, wenn z. B. die eine Partei zum Beweise ihres Rechtes Zeugen anbietet, während die andere keine Beweismittel zur Verfügung hat. Das stärkere Beweismittel also gewährt den formellen Vorzug.

Aus materiellen Gründen ist eine Parteibehauptnng erheblicher, als die des Gegners, wenn sie sich z. B. auf den Rechtserwerb beruft (auch ohne irgend ein Beweismittel anzugeben), der Gegner dagegen schlechtweg ohne weitere Begründung sein Recht behauptet. Die speciellere Begründung der Behauptung also gewährt den materiellen Vorzug.

Die Betrachtung der einzelnen Fälle soll nun unter Zugrundelegung dieser drei Kategorien geschehen; dabei wird sich ergeben, wann das Recht Gleichheit der Parteibehauptungen, wann grössere formelle oder materielle Erheblichkeit der einen von ihnen annahm.

I. Der allgemeine Beweisvorzug des Beklagten.

Ceteris paribus, d. h. wenn die Behauptungen beider Parteien von rechtlich gleicher Erheblichkeit sind, kommt der Beklagte zum Beweis. Er kommt zum Beweis als der im Besitz befindliche. Melior est causa possidentis; dieser Satz gilt, wie Heusler einleuchtend darstellt [1]), im deutschen so gut als im römischen Recht. Denn „in jedem Prozessrechte und so auch im deutschen gilt die Rolle des Beklagten als die vortheilhaftere“ [2]).

Aber der Grund, aus dem die Rolle des Beklagten als die vortheilhaftere gilt, ist im deutschen Recht ein anderer als im römischen. Im römischen Recht ist die Lage des Beklagten darum die günstigere, weil er nicht zu beweisen braucht; im deutschen dagegen darum, weil er beweisen darf. Mit anderen Worten: im römischen Recht gilt es als eine Last, im deutschen Recht gilt es als ein Vorzug, zum Beweise zu gelangen. Und zwar darum, weil, wie schon hervorgehoben worden ist, das römische Recht von dem Recht des Klägers, das deutsche Recht dagegen von dem Unrecht des Beklagten ausgeht. Der römische Kläger will sein Recht vor Gericht zur Geltung bringen; es ist eine Last für ihn, dass er, um sein ihm zustehendes Recht ausüben zu können, ein gerichtliches Verfahren veranlassen muss. Der deutsche Kläger will Sühnung eines verübten Unrechts; es ist ein Vorzug für den Beklagten, dass er sich von dem Vorwurf der unrechten That reinigen kann. „Das deutsche Recht stellt nicht wie das römische den Beweis des klägerischen Anspruchs in erste Linie, sondern lässt den Beklagten zur Rechtfertigung seines Widerstandes gegen den klägerischen Angriff gelangen“ [3]).

Das gilt im deutschen Immobiliarprozess ebenso wie in den übrigen Arten des Verfahrens. Denn wir sahen schon, dass auch der Rechtsgang um Liegenschaften wie überhaupt jeder Prozess ursprünglich pönalen Charakter trug. Der Beklagte, dem eine Missethat vorgeworfen wird, ist der Angegriffene,

---

[1]) Gewere S. 87.
[2]) Heusler Institutionen II S. 45.
[3]) Heusler Gewere S. 73.

der Kläger der Angreifer; während im römischen Recht umgekehrt der Kläger sich gegen einen Eingriff in seine Rechte durch die Klage vertheidigt. Der Angegriffene soll sich vertheidigen. Nicht also nur als der im Besitz befindliche, sondern allgemein als der Angegriffene gelangt nach deutschem Recht der Beklagte dazu, den Angriff zurückweisen zu können, hat er den Beweisvorzug. Wie das Prozessrecht dem Dieb auf die Diebstahlsklage hin die Möglichkeit giebt zu beweisen, dass er nicht gestohlen habe, so giebt es dem Beklagten auf die Klage wegen Landnahme hin die Möglichkeit zu beweisen, dass er sich einer solchen That nicht schuldig gemacht habe.

Er sichert sich diese Möglichkeit dadurch, dass er der Klagebehauptung mit einer gleichwerthigen Klagebeantwortung begegnet.

Also: erhob der Kläger die Klage in der einfachen Form *malo ordine possides*, ohne eine weitere Begründung hinzuzufügen, so genügte es, wenn der Beklagte erwiderte: *non malo ordine possideo.* Jetzt standen sich zwei gleich erhebliche Behauptungen gegenüber, nackte Behauptung des Unrechts der nackten Leugnung des Unrechts. Der Beklagte hat die Beweisrolle. Und zwar kann er den Beweis nunmehr in der Regel durch den Eid führen. „Der Beweis, durch den der Beklagte den Klagevorwurf zu entkräften hat, ist regelmässig Eid“ [1]).

Beispiele zur Bestätigung mögen folgen. Es kann zunächst auf zwei Formeln aus der Sammlung von Angers hingewiesen werden; in beiden leugnet der Beklagte die Klagebehauptung und beidemale kommt er zum Eid; in der einen hat er zu schwören, dass er nicht *malo ordine* einen Graben gezogen habe [2]), in der anderen, dass ihm nicht die streitigen Weinberge als *colonia partiaria* verliehen worden seien [3]).

Aus der Bretagne kann eine schon erwähnte 854 oder 865 in der Kirche zu Sixte *coram principibus plebis* stattgehabte Verhandlung genannt werden.

Ein Mann Namens Dreglur klagt wider einen anderen Namens Dinaeru um eine *particula terrae*, von der Kläger behauptet,

---

[1]) Brunner RG II S. 373.

[2]) Nr. 12. Form. Andec. n. 28 MGF p. 13.

[3]) Nr. 14. Form. Andec. n. 30 MGF p. 14.

dass sie mit grösserem Rechte zu Ranhenbar als zu Ranbrocan gehöre. Es heisst im Text:

> *iudicatum est ad Dinaeru, ut iuraret super sanctum altare cum tribus viris ille quartus, quod iustius et proprius esset illa supradicta terra ad Ran Brochan quam ad Ran Henbar, quod ita factum.*

Also der Beklagte hat offenbar das Gegentheil der Klage behauptet (wovon die Urkunde nichts sagt) und zwar wird er, wie sich aus der Normierung des Eides ergiebt, mit genauer Benutzung der Klageworte das klägerische Recht geleugnet und sein eigenes behauptet haben. Als der im Besitz befindliche kommt er zum Beweis [1]).

Ebenso verhält es sich in einer bairischen Urkunde aus den Jahren 785 bis 798, die gleichfalls schon in anderem Zusammenhang genannt worden ist.

Auch in dieser Urkunde beschränkt sich der Beklagte darauf, die klägerische Behauptung schlechtweg zu leugnen; allerdings gehört die Urkunde zu den seltenen Fällen, in denen der Kläger sein Recht und nicht das Unrecht des Beklagten zur Grundlage der Klage wählt. Dass aber dies möglicherweise nur einer abweichenden Formulierung im Urkundentext zuzuschreiben ist, erhellt daraus, dass wie in den obigen Fällen der Beklagte durch Beweisurtheil zum Eid über sein Recht zugelassen wird.

Er soll mit seinem Bruder beschwören, dass der von ihm mit dem streitigen Grundstück beliehene Beneficiar

> *potius* [2]) *debuisset consistere in suum servitium quam in ullius alterius* [3]).

Ich führe weiter eine rätische Gerichtsurkunde aus den Jahren 800 bis 820 an. Zwei Leute kommen in das Gericht

[1]) Nr. 365. Cartulaire de Redon p. 37 n. 46.

[2]) Denn so ist offenbar an Stelle des sinnlosen *tocius* zu lesen.

[3]) Nr. 138. Mon. Boica XXVIII 1 p. 23 n. 25. — Ueber den eigenthümlichen Schluss der Urknnde siehe Brunner RG II S. 398 Anm. 49; es erbietet sich, nachdem die Partei geschworen hat, noch ein Dritter mit mehreren Helfern das gleiche zu beschwören, was aber der Vorsitzende als überflüssig ablehnt. Wie Brunner bemerkt, ist hier der dem bairischen Recht eigenthümliche mit Eidhelfern geschworene Zeugeneid gemeint.

und verklagen zwei Brüder um einen Acker (*amallaverunt E. et fratre seu V. de terra devere*). Dann heisst es weiter:

> *et sic iudicaverunt iudices, que (= quod) E. et V. iurarent, debuerunt iurare et non iurarunt. Et postia apactuarunt parentes, que (= quod) de ipsu agru, que illi quesierunt, dederunt tercia porcione in pacalia.*

Der Sinn der ungelenken Worte ist der, dass die Beklagten, die sich auch in diesem Fall auf Behauptung des Gegentheils beschränkt haben, zum Schwur zugelassen werden; sie schwören aber nicht, sondern schliessen mit den Klägern einen Vergleich [1]).

Dann eine Züricher Urkunde aus den Jahren 924 bis 931. Adilhelm verlangt von den Chorherrn von Zürich Herausgabe eines Grundstücks in der Mark von Höngg.

> *Et ipsi clerici contra illum cum iuramento hanc confortaverunt ita in altare et capsa sanctorum Felicis et Regule, sicut in publico mallo Kerharti advocati legitime populi iudicaverunt.*

Also offenbar der gleiche Sachverhalt wie in den übrigen besprochenen Beispielen [2]).

Wir finden auch in Italien derartige Fälle.

Hier bietet zunächst eine farfenser Urkunde von 777 ein ausgezeichnetes Beispiel. Im Palast zu Spoleto erscheint vor Herzog Hildeprand der Gastalde Rimo und erhebt als Vertreter des Fiskus wider den Bischof Sinuald von Rieti und den Vicedominus Halo Klage um die Kirche des Erzengels Michael in der Nähe von Rieti, die, wie er behauptet,

> *pertinuisset ad ius et defensionem palatii.*

Auf diese schlichte Behauptung entgegnet der Beklagte, es sei nicht wahr, sondern die Kirche habe von jeher unter dem Bischof von Rieti gestanden, und das könne er beweisen: *et ita consignare possumus.* Darauf der Kläger: beweist, wie ihr wollt; denn ich kann zeigen und beweisen,

> *quomodo ipsa aecclesia ad potestatem palatii pertinuisset.*

Also Rechtsbehauptung steht gegen Rechtsbehauptung, beide schlechtweg ohne Begründung aufgestellt, denn die Erklärung,

---

[1]) Nr. 227. Wartmann I p. 329 n. 354.

[2]) Nr. 504. UB der Stadt und Landschaft Zürich I p. 81 n. 190.

man könne sie beweisen, wird man nicht für eine solche ansehen wollen.

Nun verhandelt der Herzog mit den Beisitzern, wem der Beweis zuzuerkennen sei. Und sie kommen zu dem Schluss,

> *quod non esset legis, ut pars palatii consignaret cuilibet homini, sed lex talis est et partem Sinaldi aepiscopi*;

desshalb geben sie dem Bischof und seinem Vogt auf den Beweis zu führen:

> *guadiam dare fecimus ad partem nostram publicam, ut consignarent per testes Reatinos sicut dixerant.*

Also: so selten in den Quellen einmal ein principieller Rechtssatz ausgesprochen wird, hier finden wir gesagt, dass der im Besitz befindliche Beklagte zum Beweise kommt[1]).

Es sei ferner der 822 zu Lucca zwischen dem Rektor der Marienkirche de Monte und den beiden Brüdern Natali und Auripertus um Besitzungen in Bulficiano geführte Streit genannt. Hier sehen wir das beherrschende Princip in den ersten Gegenreden der Parteien ausgesprochen. Die Beklagten erwidern auf die Klage:

> *res illa, unde tu dicis, scimus et nos eam avemus, sed tibi pro quid exinde devemus ratione ponere?*

Diese Frage, die sich auch wohl sonst in italienischen Urkunden wie auch in Formeln des Liber Papiensis findet, ist eigenthümlich; sie kann wohl als eine Reminiscenz des römischen Standpunkts aufgefasst werden; denn ein Beklagter, der sich durch eine solche Frage zunächst unbereitwillig zeigt, den Beweis anzutreten, scheint kaum auf dem Standpunkt gestanden zu haben, die Beweisrolle für eine rechtliche Vergünstigung zu halten. Nun erwidert der Kläger:

> *res ipsa ipsius ecclesiae s. Mariae fuit et legibus de suprascripta ecclesia esse debet.*

Also er giebt nicht etwa eine Begründung seiner Klage, sondern er behauptet nur nochmals und ausdrücklich lediglich sein Recht. Und daran schliesst er die an die Beklagten gerichtete Aufforderung:

> *tantum ponitis mihi ratione, pro quid vos eas abere voletis.*

Also, wie man sieht, der Beklagte kann nicht nur, sondern

---

[1]) R. di Farfa II p. 93 n. 103. Fatteschi p. 278 n. 32.

er muss zunächst und vor dem Kläger seinen Beweis anbieten, oder, wenn er das nicht kann oder will, ausdrücklich verzichten [1]).

Endlich eine süditalienische Urkunde von 982. Der Beklagte erwidert auf die Klage, dass er ein Grundstück unrechtmässig betreten habe, *non esse veritas;* darauf fällt der Richter das Urtheil,

> *ut ipse Jaquintus* (der Beklagte) *secundum legem iuraret ad pars ipsius hecclesie* (d. h. er soll der klagenden Kirche den Eid leisten), *quod in ipsa eadem rebus s. Maximi malo ordine et sine ratione non introisset.*

Also auch hier die typische Form: *non malo ordine intravi* [2]).

Es versteht sich von selbst, dass es keine Änderung verursachte, wenn der Beklagte auf die Klage, anstatt mit einem *non malo ordine possideo* zu erwidern, erklärte *non possideo;* wenn er also die vom Kläger behauptete Thatsache schlechtweg bestritt. Es sind oben (S. 92 ff.) Fälle angeführt worden, in denen der Beklagte auf diese Weise seine Vertheidigung führte. Das ältere Recht unterschied überhaupt nicht, wie man es heute gewohnt ist, Thatfrage und Rechtsfrage; eine Antwort *non malo ordine possideo*, die für unsere Begriffe bereits ein rechtliches Urtheil enthält, galt ganz ebenso schlechtweg für Leugnen des vorgeworfenen Unrechts, wie andererseits in den Worten *non possideo* zugleich dem Vorwurf des *malo ordine* begegnet werden sollte. Auch in solchen Fällen standen sich nackte Behauptung und Verneinung gegenüber, wesshalb auch hier der Beklagte zunächst zum Beweise kam.

Wir finden nicht wenig urkundliche Beispiele, in denen das deutlich zu erkennen ist.

In einer um die Mitte des neunten Jahrhunderts zu Vienne abgehaltenen Gerichtsverhandlung wird dem Beklagten Immunitätsbruch in drei Fällen zur Last gelegt. Die beiden ersten giebt er zu, den dritten lengnet er; es heisst:

> *quam causam S. in omnibus denegavit et per arramitam Gauceranni promisit ad placitum se iuraturum, ut eo mandante nullus hominum eandem villam expoliarit aut*

[1]) Mem. di Lucca IV 2 p. 27 n. 20. Muratori Ant. I c. 511.

[2]) Cod. Cav. II p. 176 n. 346.

in ea incendium aut quidquam mali fecerit, quod per legem emendare deberet.

Der Kläger erlässt ihm den Eid. Also der Beklagte hat offenbar in Bezug auf den dritten Fall die ihm zur Last gelegte Thatsache geleugnet (wenn auch kein *non possideo*, so doch ein *non invasi* oder dgl. der Klage entgegengehalten). Darauf ist er, als der zum Beweise nähere, zum Eide zugelassen worden und hat in rechtsförmlicher Weise Erfüllung des Beweisurtheils, Leistung des Eides, gelobt[1]).

Es kann ferner eine bereits sonst besprochene süditalienische Urkunde aus dem Jahre 982 genannt werden. Der Kläger klagt, weil der Beklagte durch seine Leute auf Grundstücken des Klägers eine Besitzstörung habe vornehmen lassen. Der Beklagte leugnet die Thatsache, indem er im übrigen das Eigenthum des Klägers an den Grundstücken ausdrücklich anerkennt. Darauf ergeht das Urtheil, dass der Kläger dem Beklagten die Evangelien vorlege, seine Mutter, die die streitigen Besitznngen erworben hat, im Beweistermin mitbringe *(ut plicaret ipsa Gemma genetrice sua)* und dass der Beklagte

pro se et pro bice de ipsa uxore sua iuraret ei iusta legem, ut taliter in ipsa rebus numquam fecisset, nec illum de hominibus eius nec de ipsa uxore sua et ipsa rebus numquam contrasset.

Also genau wie in der vorhergehenden burgundischen Urkunde kommt der die Klagethatsache leugnende Beklagte zum Schwur[2]).

Es sei ferner noch auf eine luccheser Urkunde von 871 aufmerksam gemacht. Die Beklagten werden wegen unpünktlicher Zinszahlung zur Rechenschaft gezogen. Sie leugnen das. Sie erklären,

quod iuxta ipsum libellum sicut promisum fuerat . . . ita adimpletum habuissent;

womit in wörtlich entsprechender Form die Worte der Klage,

quod iuxta ipsum libellum non adimplitum abetis,

abgestritten werden. Darauf werden die Beklagten aufgefor-

---

[1]) Nr. 362. D'Achéry Spicilegium I p. 358. Th p. 135 n. 96.

[2]) Cod. Cav. II p. 166 n. 338. Wörtlich damit übereinstimmend die Urkunde Cod. Cav. II p. 167 n. 339.

dert, ihre Einrede zu beweisen; sie also, die den Thatbestand leugnen, sind auch hier die Näheren zum Beweis[1]).

Der Satz, dass der Beklagte allein darum, weil er Beklagter ist, näher zum Beweise ist, findet seine Anwendung naturgemäss nicht nur dann, wenn er der blossen Behauptung des Klägers seine ebenso unbegründete Behauptung entgegensetzt, sondern auch dann, wenn beide Parteien sich auf die gleichen Beweismittel berufen. Auch dann stehen sich beide Parteien, abgesehen eben vom Besitz, als völlig gleichstarke Gegner gegenüber; man könnte sagen, wie sie vorhin beide ungerüstet auf dem Kampfplatz erschienen, so treten sie jetzt gleiche Waffen in der Hand an; hier wie dort sind sie sich völlig gewachsen. Aber trotzdem ist der Beklagte als Besitzender und Beklagter der stärkere.

Es ist erklärlich, dass derartige Fälle nicht allzu häufig vorkamen und desshalb auch nur wenige Belege in den Urkunden vorhanden sind.

Als Beispiele mögen zwei cavenser Urkunden angeführt werden.

Urkunde gegen Urkunde steht in einem Fall aus dem Jahre 902. Zu Salerno erhebt Johannes wider den Abt Angelus und seinen Vogt Nantari Klage um den Ort Novara, der, wie Kläger unter Vorlegung einer Urkunde behauptet, ihm von Ursus geschenkt worden sei. Nun aber legt Beklagter gleichfalls eine Urkunde vor, nach der derselbe Ursus denselben Ort auf dem Krankenbett einem Salmannen Ermepertus übergeben habe, und dieser habe ihn nach dem Tode des Ursus dem Abt tradiert.

Der Kläger wird gefragt, ob er dem gegenüber seine Behauptung in anderer Weise stützen könne.

Er erklärt *(profexus manifestavit)* ausser seiner vorgezeigten Urkunde kein anderes Beweismittel zu haben. Nur, fügt er hinzu,

> *sententiam mihi preposuit dicendum, ut non ipsam rebus ipsius Ursi per ipsi Ermepertus* dem Kläger *datam fuisset,*

d. h. er zieht die Identität der Grundstücke in Zweifel, was

---

[1]) Mem. di Lucca IV 2 p. 52 n. 39 und V 2 p. 492 n. 811. Ughelli I c. 798.

nnerheblich ist, da diese Entgegnnng keine eigene Rechtsbehauptung enthält. Daher wird der Beklagte znm Schwur zngelassen, er soll mit fünf Eidhelfern seine Anführungen beschwören[1]).

Wie hier beide Parteien sich auf Urknnden beriefen nnd darum der im Besitz befindliche Beklagte vorging, so geschah dies in einem anderen Falle, in dem keine von beiden Parteien Urknnden vorlegen kann, beide aber sich auf Erbrecht stützen.

Die beiden klagenden Brüder erklären von dem streitigen Land und Wald,

> *ut eorum esset pertinente per gradum successionis de suos parentes*;

ebenso antworten die drei beklagten Brüder,

> *ut predictam rem eorum esset pertinentem de suis parentibus.*

Beide Parteien manifestieren, *monimen exinde non abere.* Darauf Urtheil, dass an Ort und Stelle die Beklagten, *qui ipsa rebus possesuri sunt* (was offenbar nichts anderes heissen soll, als: die die Gegenstände in Besitz haben; denn dem Participium Futnri eine besondere Bedeutung beizulegen, würde ein zn grosses Zugeständniss an die grammatischen Kenntnisse des Urkundenschreibers sein), die Grenzen zeigen und schwören sollen,

> *ut sicuti eos monstraberit, sic fuisset abii et genitores illorum et legibus eorum esse pertinentem.*

Die Weisung der Grenzen findet statt; daranf kehren die Parteien an Gerichtsstelle zurück und dort in *sacro Salernitano palatio* wollen die Beklagten, nachdem der Richter die Evangelien hat kommen lassen, den Eid leisten. Er wird ihnen jedoch von den Klägern erlassen[2]).

Ebenso verhält es sich natürlich anch, wenn beide Parteien sich auf Zeugen berufen; anch hier haben die Zeugen des Beklagten den Vorzng.

Nicht nur dann, wenn die Parteien, wie wir vorhin sagten, gleich stark gerüstet sind, sondern auch, wenn ihre Waffen gleich-

[1]) Cod. Cav. I p. 143 n. 114. Siehe Brunner Urkunde S. 10.
[2]) Cod. Cav. I p. 233 n. 180 (952).

mässig versagen und sie sich auf diese Weise gleich werden, tritt das Vorrecht des Beklagten hervor.

Das sehen wir z. B. aus einem im Jahre 840 zu Lucca geführten Prozess.

Der kaiserliche Vasall Gisalmarus erhebt als Vertreter der Sylvesterkirche vor Lucca mit seinem Vogt Fraimannus Klage wider den Vogt des Jacobusklosters um ein Grundstück, das das Kloster in Folge eines Tauschgeschäftes erhalten habe, jetzt aber, da der Tausch auf Grund eines kaiserlichen Befehls aufgelöst sei, herausgeben müsse. Der Beklagte behauptet dagegen, das in Tausch erhaltene Grundstück sei der Kirche schon zurückgegeben worden; das vom Kläger jetzt verlangte Grundstück habe gar nicht bei jenem Tausch in Rede gestanden und sei von jeher Eigenthum des Klosters gewesen. Das Gericht lässt die Tauschurkunde, auf die sich nunmehr der Kläger beruft, verlesen,

et contenebatur ultra quadraginta annorum emissa fuit.

Die Urkunde ist also nicht beweisend; denn die dreissigjährige Verjährungsfrist schützt den Beklagten, weil der Kläger nicht etwa, wie man auf den ersten Blick annehmen könnte, als Vertreter des Fiskus, sondern nur als Vertreter der Kirche klagt, also keine *causa regalis* vorliegt, in der nur ein sechzigjähriger Besitz dem Beklagten nutzen würde. Nun wird nach anderen Beweisen gefragt, aber beide Parteien bekennen, *propter longinquitatem* keine Zeugen stellen zu können. Daher wird von den Schöffen geurtheilt, dass der beklagte Klostervogt, *qui ipsam abebat vestituram*, mit Eidhelfern *iuxta legem* beschwören solle,

qualiter area illa non fuisset de ipsa comutacione, set probrietas fuisset predicti Jagobi et per quadraginta annos pars monasterii s. Jagobi hac possedisset ad proprietatem et plus legibus pertineret ad ipsum monasterium ad abendum, quam parti s. Silvestri ad redeundum.

Der Beklagte leistet dann diesen Eid[1]).

Ferner gehört hierher eine gleichfalls luccheser Urkunde

---

[1]) Mem. di Lucca V 2 p. 337 n. 564. Muratori Ant. I c. 504. Vgl. zu diesem und dem folgenden Beispiel Brunner Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 371.

von 876. Firmo klagt wider den bischöflichen Vogt Eriteo um Grundbesitz zu Turingo. Nachdem zwei Termine zur Erledigung der Vorfragen abgehalten worden sind, legt auf dem dritten der Kläger nochmals seine beiden Urkunden vor, auf Grund deren er sein Recht behauptet. Dem gegenüber erklärt der Vogt:

vere casis et rebus ipsis abuit parte episcopatus s. Martini.

Das heisst, wie wir aus dem Zusammenhang entnehmen müssen, er bestreitet die Beweiskraft der Urkunden, er ficht sie an. Aber er muss erklären, seine Einrede nicht beweisen zu können. Da aber durch sie die Urkunden nicht mehr an sich Ausschlag gebend sind, so wird Kläger gefragt, ob er sein Recht durch Behauptung dreissigjährigen Eigenthums beweisen könne. Er bejaht zwar diese Frage, aber auf dem nächsten Termin muss er eingestehen, dass er diesen Beweis nicht führen könne. Nun verzichtet er zwar ausdrücklich auf seinen Anspruch, aber sicherlich hätte auch ohne einen solchen Verzicht der Streit ein für den Beklagten günstiges Ende genommen; denn wie im obigen Fall wäre er nunmehr zum Schwur gekommen, da er mit dem Kläger wegen mangelnder Beweismittel in gleicher Lage stand[1]).

Auch kann hier wieder auf die merkwürdige paduaner Urkunde von 994 aufmerksam gemacht werden. Die beklagten Priester des Zachariasklosters zu Venedig behaupten vierzigjährigen Besitz der streitigen Kapelle der hh. Thomas und Zeno zu Monselice. Aber sie haben keinen Beweis dafür. Ebensowenig können die Kläger, die Vertreter des Klosters der h. Justina, ihrerseits vierzigjährigen Besitz beweisen. So stehen denn beide Parteien gleich, und Beklagte werden daher zum Eid zugelassen[2]).

Endlich sei an die bereits im vorigen Kapitel erwähnten drei karolingischen Königsplacita erinnert, in denen beide Parteien ihr Recht auf gleichwerthige Urkunden stützen: während in der Urkunde Pipins[3]) ein Ausweg darin gefunden wird, dass der König den Inquisitionsbeweis anordnet, schreitet man

[1]) Mem. di Lucca V 2 p. 504 n. 831 Muratori Ant. I c. 503.
[2]) Gloria Cod. dipl. Padovano p. 106 n. 73. Antich. Est. I p. 128.
[3]) Nr. 75. DDM p. 107 n. 22.

in den beiden anderen Fällen [1]) zur ultima ratio des alten Prozesses, zum Gottesurtheil. Offenbar also versagen wegen gleicher Stärke die von den Parteien producierten Beweismittel, weder Beklagter noch Kläger ist im Stande, weiter zu gehen. Wenn aber hier von dem sonst üblichen Grundsatze abgewichen und die materielle Wahrheit zu erkunden gesucht wird, so hat das offenbar seinen Grund in dem freieren Verfahren des Königsgerichts.

II. Beweisvorzug aus formellen Gründen.

Sind die Parteibehauptungen rechtlich von verschiedenem Werthe, so gewährt, wie im Allgemeinen bereits betont worden ist, die rechtlich erheblichere den Beweisvorzug.

Rechtlich erheblicher ist nun zunächst diejenige Parteibehauptung, die durch das Angebot eines stärkeren Beweismittels, als auf der Gegenseite vorhanden ist, gestützt wird. Wir bezeichneten diesen Vorzug als einen formellen. Denn er beruht auf der Form, in der die Behauptung vorgebracht oder begründet wird.

Eine Partei, die nicht bloss eine Behauptung aufstellt, sondern zugleich erklärt, durch welche Beweismittel sie die Richtigkeit nachweisen wolle, schlägt dadurch den Gegner, der sich auf die blosse Behauptung beschränkt; sie schlägt auch denjenigen Gegner, der sich zwar auf einen Rechtsgrund beruft, Beweismittel anzuführen aber unterlässt.

Bieten beide Parteien Beweismittel an, so geht diejenige Partei vor, die die stärkeren zur Verfügung hat.

Wir können das an der Hand der Quellen verfolgen.

Zunächst seien Beispiele dafür genannt, dass das an sich bestehende Beweisvorrecht des Beklagten durch das Angebot von stärkeren Beweismitteln auf Seite des Klägers unpraktisch wird.

Es ist das einmal der Fall, wenn der Kläger dem schlicht oder einredeweise leugnenden Beklagten gegenüber sich sofort auf Zeugen beruft. „Der Eid des Beklagten kann in gewissen

[1]) Nr. 93. Mühlb. 187 und Nr. 94. Mühlb. 196.

Fällen durch den Zeugenbeweis des Klägers ausgeschlossen werden" [1]). Das heisst, dadurch dass der Kläger Zeugenbeweis anbietet, wird der Beklagte verhindert, seine Klagebeantwortung zu beschwören, wird ihm das Beweisvorrecht entzogen.

So verhält es sich z. B. in einer burgundischen Urkunde von 821. Es ist ein Statusprozess. Fredelenus, der Vogt des Grafen Hildebrannus, klagt wider eine gewisse Adalberta,

> *quod ancilla erat domno Ludovico rege de villa Patriciaco de beneficio ipsius Fredeloni de parte genitori suo Adelberto et parte genetrice sua Onbertane.*

Er führt des Näheren aus, auf welchen Thatsachen das Recht des Fiskus beruhe, und, so heisst es dann,

> *ipse Fredelenus tales testes de praesente praesentavit, qui ipsa vestidura viderunt de iam dictos homines.*

Also der Kläger bietet sofort Zeugenbeweis an.

> *Tunc ei iudicatum fuit, quod suos testes de praesente habuisset, qui hoc adprobare potuissent, quod ita et fecit.*

Der sofort angebotene Zeugenbeweis schliesst die Beklagte vom Beweise aus [2]).

Ebenso deutlich ist eine andere burgundische Urkunde. Im Jahre 867 erhebt der Vogt des Bischofs von Langres Klage wider Hildebernus, weil er durch seine Leute einen Eichenwald *(casnus)* habe vernichten lassen,

> *et dixit quod tales testes haberet.*

Darauf wird gesagt, auf Urtheil der Schöffen habe ein Bürge arramiert, dass Kläger auf dem nächsten Mallus nach vierzig Nächten den Zeugenbeweis führen werde. Daraus ergiebt sich, dass durch Beweisurtheil dem Kläger der Beweis zugesprochen worden ist [3]).

Wenn in einer sehr viel späteren Urkunde aus Poitiers gesagt wird, Abt Aimo habe um Zehnten Klage vor dem Bischof von Poitiers erhoben,

---

[1]) **Brunner** RG II S. 373.

[2]) Nr. 234. Pérard p. 35 n. 17.

[3]) Nr. 369. Pérard p. 147. Th p. 140 n. 100. **Brunner** RG II S. 395 Anm. 19. Das Beweisthema ist das *tallare vel voccidere* . . . *malo ordine* auf Seiten des Beklagten; also insofern allerdings zugleich das Recht des Klägers an dem Lande.

iudicioque eius et aliorum testes idoneos adhibuit, qui probaverunt ecclesie de B. pertinere decimam prescriptam,

so wird auch hier der Beweisvorzng des Klägers auf dem sofortigen Angebot der Zeugen beruht haben[1]).

Wenn ferner in einer noch späteren marseiller Urkunde von den Klägern gesagt wird, sie seien vor Gericht erschienen und

voluerunt iurare et probare cum testibus suis,

so ist auch das sicherlich sofortiges Angebot des Zeugenbeweises; in diesem Fall sehen sich denn auch die Beklagten sogleich zum Verzicht veranlasst[2]).

Entsprechende Beispiele stehen auch aus Italien zur Verfügung.

Im December 764 erhebt zu Lucca der Priester Lucipert wider den Priester Gunduald um einen Hof zu Campulo Klage, den der Beklagte, wie Kläger behauptet, gegen Hingabe von Vermögen der bischöflichen Taufkirche des h. Cassianus, deren Rektor er war, gekauft habe und den er nun, nachdem er jene Stellnng nicht mehr innehabe, durch Mitnahme der Kaufurkunde als persönliches Eigenthum widerrechtlich besässe. Nachdem der Beklagte entgegnet hat, die Kirche mit seinem persönlichen Vermögen erworben zu haben, repliciert der Kläger:

habeo testes in quorum presentia ipsa comparatio facta est, qui interfuerunt, quando tu in ipsam rem croces aureas desuper altare ipsius ecclesie in pretio dedisti ad ipsos homines.

Darauf heisst es von den Vorsitzenden:

nos vero ita audientes, fecimus ipso Luciperto presbitero dare wadia eidem Gunduald presbitero, ut in constituto posito ipsos testes in presentia nostra ostendere deviret.

Also dem Kläger, der Zeugen anbietet, wird durch Beweisurtheil die Beweisführung zugesprochen[3]).

---

[1]) Nr. 509. Cartulaire de l'abbaye de St. Cyprien de Poitiers p. 268 n. 423. (938 oder 939).

[2]) Nr. 595. Cartulaire de St. Victor de Marseille p. 646 n. 654. Th p. 205 n. 141.

[3]) Mem. di Lucca IV 1 p. 105 n. 60. Troya V p. 302 n. 827. Bertini app. p. 105.

In einem von Königsboten Karls des Grossen und Pipins zu Rieti 807 abgehaltenen Placitum klagt das Kloster Farfa wider drei Brüder wegen unrechtmässigen Betretens des von Palumbus, dem Oheim der Beklagten, dem Kloster tradierten Besitzes. Die Beklagten leugnen einfach die Thatsache der Tradition. Darauf erwidern die Kläger:

sic possumus consignare, quomodo idem Palumbus barbanus vester tradidit omnem substantiam suam et mobilia in manibus Guelanti et Fratelli monachorum. Et ecce testimonia in praesentia.

Darauf werden diese drei anwesenden Zeugen sofort von den Königsboten erst formlos vernommen und dann vereidigt [1]).

Ebenso, wie in den Fällen, in denen der Kläger Zeugenbeweis anbietet, geht das Beweisrecht auch dann auf ihn über, wenn er sein Recht auf eine Urkunde stützt, während der Beklagte eine derartige Begründung nicht anzugeben vermag.

Aus diesem Grunde kommt in dem Placitum König Childeberts III. von 710 das klagende Kloster von St. Denis zum Beweis; denn es kann sich auf Urkunden, sogar Königsurkunden, berufen, während die Vertreter des beklagten Majordomus Grimoald zu ihren Gunsten nur die lange Gewohnheit anzuführen vermögen [2]).

Und als das Kloster funfzig Jahre später wieder um die Pariser Zölle Klage erheben muss, ist es in der gleich günstigen Lage, denn es kann wiederum Königsurkunden vorlegen, wogegen die Behauptung des Beklagten, er übe nur die von seinen Rechtsvorgängern überkommenen Rechte aus, nichts auszurichten vermag [3]).

So kommt ferner auch der Abt von Cauquens, als er im Jahre 836 im missatischen Gericht zu Narbonne um Ländereien Klage erhebt, zum Beweise, weil er den Ausführungen der Beklagten gegenüber seine Behauptung auf ein bereits ergangenes Urtheil stützen und dessen Ausfertigung vorlegen kann [4]).

---

[1]) Reg. di Farfa II p. 151 n. 184. Fatteschi p. 284 n. 40.

[2]) Nr. 54. DDM p. 68 n. 77.

[3]) Nr. 81. Tardif p. 638 n. 57b. Mühlb. 87 (759).

[4]) Nr. 287. Vaissete II c. 194 n. 90.

Auch ist hier nochmals auf den Prozess zwischen dem Bischof von Nimes und Bernardus aus dem Jahre 875 hinzuweisen. Wie bereits oben (S. 83) erzählt, verlangt der Kläger Herausgabe einer Villa, die der Beklagte in einer früheren Gerichtsverhandlung zu restituieren verurtheilt worden war, die er aber darauf wiederum sich angeeignet hatte. Der Kläger beruft sich auf die Gerichtsurkunde. Der Beklagte stellt den ganzen Sachverhalt in Abrede und schilt die Urknnde durch Durchbohrung. Da aber sein Vorgehen lediglich ein negatives ist, so gelangt nicht etwa er dazu, zu beweisen, dass er nicht verurtheilt worden sei, sondern der Kläger wird vielmehr aufgefordert, den Inhalt der gescholtenen Urkunde zu erhärten [1]).

Verwandt mit diesem ist der folgende gleichfalls bereits genannte Fall. Im Grafengericht zu Vienne klagt 870 ein gewisser Salomon als Vertreter seiner Frau wider Benedicta um eine von letzterer seiner Frau gemachte Landschenkung. Er beruft sich auf die Schenkungsurkunde. Diese schilt die Beklagte, indem sie sie durchbohrt. Auch hier gelangt nun der Kläger zum Beweis; er erscheint im neuen Termin, um, wie es ausdrücklich heisst, *secundum lege salica* die Urkunde zu erhärten *(cartam emonire;* so ist das *aram emoni* des Textes zu verbessern) und die Wahrheit ihres Inhalts mit Eidhelfern zu beschwören und eventuell zu kämpfen [2]).

Der in Rede stehende Grundsatz ist ferner in der ältesten echten italienischen Gerichtsurkunde zu erkennen. Es ist ein Placitum des Langobardenkönigs Pertharitus und betrifft einen vor ihm 674 zu Pavia geführten Prozess der Städte Piacenza und Parma, die sich um ihre Grenzen streiten [3]). Nach den Gegenreden der Parteien will der König zuerst, dass die Sache im Wege des gerichtlichen Zweikampfs erledigt werden solle. Aber da der Kläger eine Gerichtsurkunde vorlegt, in der die streitigen Grenzen bereits festgestellt worden sind, so wird vom

---

[1]) Nr. 404. Ménard p. 10 n. 1. Germer-Durand p. 3 n. 1. Th p. 155 n. 107. Vgl. Brunner RG II S. 421.

[2]) Nr. 382. Chart. de Cluny I p. 18 n. 15. Th p. 145 n. 102.

[3]) Troya II p. 533 n. 40. Campi Piacenza I p. 177. Affò Parma I p. 280 n. 5.

König und seinen Richtern das Urtheil gefällt, dass der Kläger seinerseits seine Behauptung mit Zeugen beweise.

Als im Jahre 811 Vertreter des Klosters Farfa und des Herzogs von Spoleto wider den Priester Clarissimus Klage erheben, weil er sich weigere, ein früher ergangenes Urtheil zu erfüllen und den widerrechtlich entzogenen Besitz an die Kläger herauszugeben, erwidert der Beklagte mit einfachem Lengnen. Die Kläger dagegen stützen ihre Behauptung durch die vorgelegte Gerichtsurkunde und werden in Folge dessen zum Beweise zugelassen [1]).

Ferner mag hier noch der uns auch schon bekannte Prozess des Bischofs von Aprutium wider den königlichen Vogt der aprutischen Grafschaft genannt werden, in dem es sich um Besitzungen handelt, die zu einem Hof gehören, der, wie der Kläger angiebt, der Kirche laut vorgelegter Königsurkunde geschenkt worden sei, während der Beklagte nur schlechtweg die Zugehörigkeit leugnet; der Kläger gelangt zum Zeugenbeweis [2]).

Auch eine römische Gerichtsverhandlung aus dem Jahre 966 gehört wohl hierher. Der Abt von Subiaco klagt wider einen Mann Namens Petrus genannt Imperium um ein Grundstück vor Porta Maggiore. Er legt sofort Urkunden vor. Der Beklagte habe es ihm widerrechtlich entzogen (denn das heisst das *facere virtutem*, Gewalt anthun). Darauf entgegnet der Beklagte:

> *non permittat Deus ut de ista terra virtutem tibi fecissem aut facere iussissem,*

also er leugnet die vom Kläger behauptete Thatsache. Der Kläger, der sich auf Urkunden beruft, hat das Beweisrecht; nachdem er an Ort und Stelle die Grenzen gezeigt hat, soll er seine Behauptung beschwören; schon sind die Evangelien herbeigeschafft, als der Beklagte verzichtet [3]).

Neben diesen nord- und mittelitalienischen mag auch noch eine süditalienische Urkunde des Beispiels halber angeführt werden.

---

[1]) Reg. di Farfa II p. 160 n. 197. — Auch die unechte Urkunde von 707 bei Troya III p. 91 n. 379 würde hierher gehören.

[2]) Ughelli I c. 347 (919).

[3]) Regesto Sublacense p. 166 n. 118.

Der Abt der St. Maximuskirche und sein Vogt erheben 960 wider Johannes, Petrus und Lupo Klage um Besitzungen zu Nocera, die sie laut den vorgelegten Urkunden erworben haben wollen. Dem gegenüber berufen sich die Beklagten auf Erbrecht, aber sie müssen bekennen keine Urkunden zu haben, um ihre Behauptung beweisen zu können, und so werden die Kläger zum Schwur zugelassen [1]).

Hierher gehört auch die in karolingischer Zeit ergänzte Vorschrift der Lex Alamannorum 2, 1. Jemand hat eine Schenkung an eine Kirche gemacht und das Grundstück zu lebenslänglichem Niessbrauch zurückerhalten. Nach seinem Tode aber behält es sein Sohn in seinem Besitz. Weil er dazu kein Recht hat, die Schenkung vielmehr ohne Weiteres an die Kirche zurückfallen muss, erhebt diese gegen ihn Klage auf Herausgabe; sie beruft sich für die stattgehabte Tradition auf die Urkunde oder Zeugen (2, 2). Dem gegenüber leugnet der Beklagte, dass eine Tradition stattgefunden habe; er behauptet daher,

quod hereditas paterna sua sibi sit legitima ad possidendum.

Also er beruft sich offenbar auf Erbrecht. Aber die Behauptung des Klägers ist die erheblichere; trotz des Erbrechts kann die Kirche ihr Recht durch jene Tradition erworben haben. Daher gelangt nicht der Beklagte dazu zu beweisen, *quod hereditas sua sit legitima*, sondern der Kläger zum Beweis mittels Urkunde oder Zeugen, *quod sibi sit tradita.*

In den bisher besprochenen Fällen ging aus formellem Grunde das Beweisrecht auf den Kläger über, weil dieser stärkere Beweismittel als der Beklagte anzubieten im Stande war.

Es versteht sich, dass andererseits, wenn der Beklagte in der gleichen Lage war wie in den eben erwähnten Fällen der Kläger, dann um so mehr der schon an und für sich ihm gebührende Beweisvorzug zur Geltung kam.

Der Beklagte, der sein Recht dadurch begründete, dass er sich in der Klagebeantwortung auf Beweismittel, Zeugen oder Urkunden berief, war in verstärktem Maasse der Nähere zum Beweise einem Kläger gegenüber, der zu einer solchen Begründung nicht im Stande war.

[1]) Cod. Cav. II p. 1 n. 211.

Wir können diese an und für sich selbstverständliche Schlussfolgerung aus dem die Beweisvertheilnng beherrschenden Grundgedanken an zahlreichen nrkundlichen Beispielen verfolgen.

Insbesondere kommt es, wie wir im zweiten Kapitel gesehen haben, hänfig vor, dass der Beklagte zur Begründnng seiner Einrede sich auf eine Urkunde beruft; dann gelangt er, falls der Kläger dieses Beweismittel nicht überbietet, zum Beweise.

Hierher gehört das schon öfter erwähnte Placitum König Sigiberts von 648; es heisst in der Klage nur, Euergisilius besässe den Weinberg *post se malo ordine*. Der Beklagte aber giebt gleich an, er habe den Weinberg käuflich *datum precio* erworben und könne die Kaufurkunde vorlegen. Es ergeht das Beweisurtheil, dass er die Kaufurkunde beibringe; er kommt damit zum Beweis, und zwar, wie leicht zu ersehen, weil er allein ein Beweismittel, die Urkunde, anbietet [1]).

Ferner sei ein Placitum Chlodowechs III. von 691 gegenannt. Zwar beruft sich der Kläger darauf, dass die streitigen Güter ihm

> *antecessur suos Boso quondam per vindicionis titolum fermaverat;*

aber während er zur Stütze dieser Behauptung keine Beweismittel anzugeben vermag, erkärt der Beklagte seine Gegenbehauptung, dieselben Güter vom Kläger gekauft zu haben, durch die Kaufurkunde beweisen zu können. Infolgedessen, weil er das stärkere Beweismittel anbietet, wird er zum Beweise zugelassen, und folgendes Beweisurtheil gefällt,

> *ut ipso extromento in noctis quadraginta . . . in nostri presenciam dibiat presentari* [2]).

In einer Urkunde des Klosters Redon aus den Jahren 865 bis 870 klagt Unordoital wider den Priester Maenuueten nm eine Schenkung, die er diesem gemacht habe, die aber jetzt von dem Beklagten einem Dritten übertragen worden sei, wozu jedoch der Beklagte, wie Kläger behauptet, nicht berechtigt sei, da er die übertragenen Güter nur an die Kirche zu Rufiac weiter veräussern

---

[1]) Nr. 23. Neues Archiv XIII p. 157.

[2]) Nr. 35. DDM p. 53 n. 59.

dürfe [1]). Nun will der Beklagte einen neuen Termin fordern, um die Schenkungsurkunde vorzulegen, in der ihm, wie er behauptet, unbeschränktes Eigenthum übertragen worden sei. Die Parteien vergleichen sich aber. Wie man sieht, wäre der Beklagte zum Beweise gelangt; er konnte sich auf die in seinen Händen befindliche Urkunde berufen, die ihm der Kläger bei der Schenkung ausgehändigt hatte [2]).

Auch die schon erwähnte cluniacenser Urkunde von 953 kann hier wohl genannt werden. Zwei Vertreter des Klosters klagen wider Hugo um Besitzungen, die dem Kloster vom Grafen Willelmus geschenkt worden seien. Der Beklagte erklärt, er besitze diese Besitzungen als Erbe seiner Mutter, und seine Mutter habe sie erworben *per donum et per cartam, que Leutbaldus senior eius incartavit.* Wahrscheinlich also, weil er sich auf diese *carta* beruft, gelangt er durch Urtheil zum Beweis [3]).

Eine bairische Urkunde von 806 zeigt dasselbe. Zwei Verwandte beanspruchen auf Grund ihres Erbrechts vom Kleriker Wago Herausgabe eines Grundstücks. Der Beklagte und sein Vogt aber berufen sich auf Tradition seitens des Vaters der Kläger an die Freisinger Kirche,

> *unde et cartas traditionis eius in praesente attulerunt et testes veraces in eas scriptas ostenderunt, quod ita verum esset, et ad Engilhardum et Hrocholfum* (die Kläger) *nihil de ac hereditate pervenire debuisset.*

Also die Beklagten, die sich auf Urkunden berufen, führen den Beweis, auf den hin dann die Königsboten das Urtheil zu ihren Gunsten fällen [4]).

In einer beneventaner Urkunde von 756 klagt die Äbtissin Engilberta mit ihrem Neffen Comis wider den Abt Mauricius um die von ihr und ihrem Vater erbaute Kirche des h. Nazarius, die sie also auf Grund dieser ihrer Gründung beansprucht.

---

[1]) Hierin kann man eine Spur des alten von Brunner entdeckten Charakters des Schenkungsbegriffes erkennen; der Beschenkte erhielt nicht gänzlich freie Verfügung, sondern blieb in Bezug auf Weiterveräusserung an den Willen des Schenkers gebunden.

[2]) Nr. 385. Cartulaire de Redon p. 110 n. 144. Die Fassung in meinen Regesten ist nicht ganz genau.

[3]) Nr. 529. Chart. de Cluny I p. 810 n. 856.

[4]) Nr. 174. Meich. I 2 p. 93 n. 122.

Der Beklagte giebt zwar diese zu, behauptet aber, von der Klägerin und ihrem Mann selbst sei die Kirche ihm übertragen; er beruft sich auf die Urkunde:

et ecce offertio quam, nobis exinde fecistis.

Der Beklagte kommt zum Beweis; er legt die Urkunde zur Verlesung vor, und die in ihr genannten Zeugen werden gehört und vereidigt [1]).

Ebenso wie die Berufung auf Urkunden sichert natürlich auch das Angebot eines Zeugenbeweises zunächst dem Beklagten die Beweisrolle.

Wenn daher z. B. in einem Prozess zwischen Farfa und mehreren Reatinern einige der Beklagten zwar keine Urkunden zu besitzen erklären, aber sich zur Begründung ihrer Einrede auf Zeugen berufen, so spricht das Gericht ein Beweisurtheil dahin, dass sie diesen Zeugenbeweis zu erbringen geloben [2]).

Es kommt, wie leicht erklärlich, nicht selten vor, dass die Beklagten nicht nur auf Urkunden, sondern ausserdem zugleich auf Zeugen ihre Antwort stützen; einige hierher gehörige Fälle sind bereits zur Sprache gekommen. Natürlich blieb dann die Vertheilung der Beweisrolle erst recht die übliche, ebenso wie wenn zu den besprochenen formellen materielle Gründe hinzutraten, wovon weiter unten zu handeln ist.

Standen sich nun auf beiden Seiten formelle Beweisangebote gegenüber, beriefen sich also sowohl Beklagte als auch Kläger sei es auf Zeugen sei es auf Urkunden, so war der formelle Grund entscheidend, von welcher Seite die stärkeren, in erster Linie also die zahlreicheren Beweismittel angeboten wurden.

Natürlich wird, wenn z. B. die eine Partei lediglich Privat-, die andere dagegen Königs- oder in Italien Gerichtsurkunden anziehen konnte, die letztere den Beweisvorzug erhalten haben; hatten aber beide Theile rechtlich gleich erhebliche Urkunden, so kam diejenige Partei zum Beweis, die mehr Urkunden als die andere besass. Beispiele bieten folgende Fälle.

In einer salernitaner Urkunde von 949 handelt es sich um

---

[1]) Troya IV p. 619 n. 703. Ughelli VIII c. 590.

[2]) Reg. di Farfa II p. 40 n. 30. Troya IV p. 240 n. 602. Galletti Gabio p. 77 n. 2.

eine vom Abt Petrus, dem Gastalden Petrus und deren Vogt Alderisi gegen Maria, ihren Mann Maio und ihren Vogt Johannes um Grundstücke in Agellu erhobene Klage. Es war zunächst, wie häufig in den süditalienischen Gerichtsurkunden, das Urtheil ergangen, dass Parteien an Ort und Stelle erschienen und dort ihre Beweismittel vorlegten:

> *inter nos iudicatum fuit per partes plicandum nos super easdem rebus cum iudice et notario et ibidem ostenderemus per partes ratione, que exinde abuerimus, et secundum legem inter nos exinde finem faceremus.*

Darauf zeigen nun im Lokaltermin Beklagte funfzehn und die Kläger zwei Urkunden vor; letztere mit der Erklärung weitere nicht zu besitzen. Nun gelangen die Urkunden der Beklagten zur Verlesung; darauf wird ihnen aufgegeben die Grenzen des von ihnen beanspruchten Landes genau zu bezeichnen und darauf, nachdem die Kläger ihre Urkunden haben zurückziehen müssen *(ipse abbas . . . non potebat ipse sue cartule ibidem congnite ponere)*, wird den Beklagten durch Urtheil aufgegeben zu beschwören,

> *ut ipsa rebus de ipsa monimes esset pertinentem et legibus nobis rebus ipsa pertinente est;*

mithin die Identität der in der Urkunde genannten und der an Ort und Stelle gezeigten Grundstücke sowie ihr Recht auf sie; leisten sie den Eid, dann

> *rebus ipsa securo nomine nos abere licead.*

Also die Beklagten gelangen dazu ihr Recht zu beschwören. Abgesehen davon, dass sie Beklagte sind, geschieht das offenbar auch darum, weil sie funfzehn, die Kläger aber nur zwei Urkunden haben: ihr Beweisangebot ist das stärkere [1]).

Ein anderes ausgezeichnetes Beispiel liegt in einer späteren (1054) cavenser Urkunde vor. Der minderjährige Lando erhebt im Beistande zweier Oheime Klage wider Disiio, weil dieser unrechtmässig ihm gehörige Besitzungen betreten und dort Besitzstörungen verursacht habe. Nachdem zunächst ein Lokaltermin zur genaueren Bezeichnung der streitigen Grundstücke abgehalten worden ist, legen nunmehr die Parteien ihre Beweismittel vor, und zwar der Kläger zehn, der Beklagte vierzehn

[1]) Cod. Cav. I p. 228 n. 177.

Urkunden, die alle wörtlich in die Gerichtsurkunde inseriert sind. Daranf schilt der Kläger drei der vom Beklagten nnd der Beklagte zwei der vom Kläger vorgelegten Urknnden, so dass nunmehr anf Seiten des Klägers acht nnd auf Seiten des Beklagten elf Urkunden als nnangefochtene Beweismittel übrig bleiben. Das Gericht fällt nun ein Beweisurtheil dahin, dass zunächst der Beklagte seine drei gescholtenen Urkunden erhärte *(adverare);* sei das geschehen, so solle er in nngestörtem Besitze verbleiben. Könne er das nicht, dann soll der Kläger seinerseits die beiden von ihm producierten und vom Beklagten gescholtenen Urkunden erhärten, um dann ebenso in rnhigem Besitz zu bleiben. Also das Beweisvorrecht bleibt im vorliegenden Falle dem Beklagten gewahrt; offenbar ist der ausschlaggebende Grnnd der, dass er zum Beweis seiner Behauptung drei unangefochtene Urknnden mehr anzubieten vermag als der Kläger [1]).

Beispiele dafür, dass auch beim Zeugenbeweis ein derartiges Überbieten Platz gegriffen hätte, sind mir nicht bekannt. Wenn in einer burgundischen Urkunde von 918 beide Parteien sich anf Zeugen berufen, und ihnen vom Gericht anfgegeben wird diese im Beweistermin zu stellen, so erledigt sich dieser Fall durch dann erfolgenden freiwilligen Verzicht des Beklagten [2]). Im allgemeinen fand nach den Bestimmungen eines Kapitulars von 816 ein Widerspruch zwischen den Aussagen der gegnerischen Zeugenreihen dnrch gerichtlichen Zweikampf seine Erledignng [3]).

III. Beweisvorzug aus materiellen Gründen.

Neben dem ceteris paribus bestehenden allgemeinen Beweisvorzug des Beklagten und neben dem dnrch das Angebot eines stärkeren Beweismittels bedingten steht drittens der auf der rechtlich erheblicheren Behauptung beruhende. Hier kommt es anf die Beweismittel nicht an, sondern nur auf das, was die

[1]) Cod. Cav. VII p. 223 n. 1195.

[2]) Nr. 488. Gallia christ. IV instr. c. 67 n. 28.

[3]) Cap. legi add. a. 816 c. 1 MG Capitularia I p. 268; wiederholt in Cap. leg. add. a. 818, 819 c. 10 I p. 282. Brunner Schwurgerichte S. 68.

Parteien materiell zur Begründung ihres Rechts anführen. Wenn, wie wir im vorigen Abschuitt gesehen haben, eine Partei darnm zum Beweise kam, weil sie sich z. B. anf Urknnden berief, der Gegner nicht, oder weil sie sich auf mehr Urkunden als der Gegner berief, so handelt es sich hier um Fälle, in denen z. B. die eine Partei eine materielle Begründnng ihres Rechtes anführte, der Gegner dagegen nur eine nackte Behauptnng aufstellte, oder in denen die eine Partei einen specielleren Rechtstitel geltend machen konnte als der Gegner. Ich glaube, dass man den Grund für diesen Satz des Beweisrechtes in der von Brunner betonten[1]) „Abwägung von Wahrscheinlichkeiten" erblicken kann; diejenige Partei, die einen materiellen Rechtsgrnnd anzuführen in der Lage war, galt im Zweifel als die berechtigte.

Die Kombination dieser Berücksichtigung der materiellen Begründung, dieser Abwägung von Wahrscheinlichkeiten mit dem beherrschenden Grundsatz von dem allgemeinen Beweisvorzug des Beklagten ergab zunächst in allen denjenigen Fällen, in denen entweder nur der Beklagte einen Rechtsgrund anführte, oder in denen Beklagter und Kläger rechtlich gleich erhebliche Begründungen geltend machten, keine Abweichnng von der regelmässigen Vertheilung der Beweisrollen. Der Beklagte, der schon an und für sich der Nähere zum Beweise war, war es, wie oben aus formellen Gründen, so in diesen Fällen wegen der materiellen Einredebegründung doppelt. Zunächst also zählen diejenigen Fälle hierher, in denen der Beklagte einer unsubstanziierten Klage gegenüber, anstatt ebenso knapp zu antworten, sich auf den Rechtserwerb beruft.

So findet sich, dass sich der Beklagte einer unsubstanziierten Klage gegenüber anf sein Erbrecht bernft. Das ist z. B. der Fall in einer Urkunde aus der Bretagne von 797; desshalb urtheilen die Schöffen, er solle mit zwölf Eidhelfern beschwören, dass der streitige Ort

sua propria hereditas esset,

was dann geschieht. Von einer Substanziierung der Klage ist keine Rede[2]).

[1]) RG II S. 375.

[2]) Nr. 137, Cartulaire de Redon p. 147 n. 191. Th p. 76 n. 63.

Hierher gehört ferner auch eine Urkunde von Cluny, in der die Klage sich darauf beschränkt, dem Beklagten ein *iniuste tenere* und ein *facere que non debuisset* vorzuwerfen. Dem gegenüber beruft sich der Beklagte darauf durch Erbgang in den Besitz der streitigen Mühle gelangt zu sein. Es wird das Beweisurtheil dahin gefällt,

quod deffendere se debuisset A. (der Beklagte) *cum sua requimonia (= testimonia) et cum sua lege.*

Der Beklagte also wird zum Eid mit Helfern zugelassen; er gelobt den Schwur zu leisten,

arramivit ad iurare illo molino cum sua lege,

und stellt einen Bürgen [1]).

Hier kann bemerkt werden, dass der Beklagte, der sich auf Erbrecht beruft, überhaupt nach dem Beweisrecht der fränkischen Zeit eine privilegierte Stellung einnimmt [2]).

Nämlich der Beklagte braucht „in Sachen seines Erbguts einen Zeugenbeweis des Klägers nicht zu dulden". Das heisst: beruft sich der Beklagte auf Erbrecht, so ist der Kläger ausser Stande diese Einrede dadurch zu entkräften, dass er mit Zeugen zu beweisen sich erbietet, wegen mangelnden Rechtes des Erblassers sei von einem Erbrecht keine Rede. Dies ist dem Kläger verwehrt; offenbar führte man diese Beschränkung der allgemeinen Beweisregeln darum ein, weil in diesem Fall ein Eintreten des Auktors in den Streit unmöglich war (der Auktor als Erblasser war gestorben). Und von dem Beklagten den Beweis für einen rechtsgültigen Erwerb des Erblassers zu verlangen, wäre für die Mehrzahl der Fälle zu umständlich und oft gewiss unmöglich gewesen. Nur zu Gunsten des Fiskus und nach einem westfränkischen Kapitular Karls II. [3]) auch zu Gunsten der Kirche wurde das verlangt; hier musste, wenn feststand, dass der Fiskus oder die Kirche einmal im Besitz des streitigen Grundstücks gewesen waren, der Beklagte den gültigen

---

[1]) Nr. 424. Chart. de Cluny I p. 34 n. 29. Th p. 161 n. 109 (887). Dass *lex* hier so viel bedeutet wie Eid des Beklagten, bemerkt Brunner RG II S. 376 bei Anm. 35.

[2]) Darüber siehe Brunner RG II S. 517 ff.

[3]) Cap. Carisiac. a. 877 c. 8 Pertz LL I 520. Herr Geh. Rath Brunner war so freundlich mich in meiner Arbeit auf diese Stelle aufmerksam zu machen; jetzt ist sie in der RG II S. 518 Anm. 33 angeführt.

Rechtserwerb des Erblassers beweisen. Wir haben oben im zweiten Kapitel einige Urkunden kennen gelernt, in denen dies Vorrecht der Kirche praktisch zur Anwendung kam [1]).

Eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz macht eine marseiller Urkunde aus dem Jahre 967 [2]). Der Thatbestand ist derselbe wie in den bisher besprochenen Fällen. Der Bischof von Marseille erhebt wider Garibaldus und Auvonancius und ihre Erben Klage um Felder und Weinberge in der Villa Stavello,

> *quod contra legem et malum ordinem invaserunt, tenuerunt ac possederunt.*

Also schlichte, unsubstanziierte Klageform. Hierauf entgegnen die Beklagten: jene Weinberge und Felder

> *melius debent nostras esse, ex projenie parentorum nostrorum, quam episcopi propter nullam causam sanctuariam succedere.*

Also eine Behauptung eigenen Rechts unter Angabe des Erwerbsgrundes (Erbgang) einer unsubstanziierten Klage gegenüber. Nach allen sonst herrschenden Regeln hätten nun die Beklagten wie in den angeführten Fällen dazu gelangen müssen, ihre substanziierte Einrede zu beweisen. Statt dessen ergeht das Urtheil,

> *ut episcopus perportare fecisset ad servos s. Victoris, hoc sunt homines* — folgen fünf [3]) Namen —; *ibi fuint adepti qui volunt iurare et perportare ipsas vineas et ipsos campos, quod melius eis succederet ex parte s. Victoris quam ipsi homines ad tenendum propter causam alodis. Quod etiam episcopus paratus fuit.*

Dies kann nichts anderes bedeuten, als dass dem Kläger gestattet wird, mit fünf Zeugen seine Klagebehauptung zu beschwören.

Aber der Text der Urkunde giebt uns eine genügende Erklärung. Unter den Gerichtsbeisitzern werden ausdrücklich *Romani* genannt, und gegen Ende der Urkunde finden sich die

---

[1]) Oben S. 143, 144.

[2]) Nr. 571. Cartulaire de St. Victor de Marseille p. 307 n. 290. Th p. 201 n. 137.

[3]) Nicht vier, wie irrthümlich in meinem Regest steht.

Worte: *et sic legibus factum . . . qualiter lex Romana comemorat.* Also es ist klar, dass wir es hier mit der Anwendung römischer Beweissätze zu thnn haben.

Neben der Berufung auf Erbrecht kommen auch andere Begründnngen vor, die das Vorrecht des Beklagten stützen.

In einer Urkunde über eine in Mâcon stattgehabte Verhandlnng ist die das Beweisvorrecht sichernde Erwiderung des Beklagten die, dass er sich dem *contendere malo ordine* der Klage gegenüber anf langen Besitz beruft:

in suo responso dixit, quod per se et suos donatores per triginta annos et amplius legibus vestiti fuerunt absque ulla partione s. Laurentii vel suos rectores.

Die Schöffen fassen den Beschluss *(scamini per inquisitum iudicium decreverunt)*, dass er diese seine Einrede, so wie er sie ausgesprochen hat, beschwöre, was er *per fidem factam* nnd mit einem Bürgen zu thnn verspricht[1]).

Es kann ferner, wie ich glaube, hier eine luccheser Urknnde von 902 angeführt werden, in der der Beklagte, dem vorgeworfen wird, er habe die Kirche des h. Hippolytus betreten und dort Früchte gezogen *malo ordinem*, sich daranf bernft, dass er als ordinierter und konfirmierter Rektor und Kustos dazu berechtigt gewesen sei. Wenn auch der Kläger dies bestreitet, so wird doch der Beklagte zum Zeugenbeweis zugelassen[2]).

Anch eine Gerichtsverhandlung, die 911 zu Tivoli stattgefunden hat, zeigt die Anwendung des Grundsatzes. Eine Frau Petrn klagt mit ihrem Sohn Leo wider den an der Kirche von Tivoli angestellten Priester Romanus nm einen Thurm,

quam tenet in virtute et non rendit michi.

Beklagter entgegnet, Petru nnd ihr Mann hätten ihm den Thurm verkauft. Das wird bestritten. Aber der Beklagte, der gleich Zeugen anbietet, kommt zum Beweis. Also die Berufung auf den Rechtserwerb dnrch Kauf ist ausschlaggebend, verstärkt durch das Anbieten von Zeugen[3]).

Ich möchte an dieser Stelle noch auf die eigenthümliche bairische Urkunde aus den Jahren 806 bis 810 aufmerksam

---

[1]) Nr. 452. Cartulaire de Mâcon p. 169 n. 284 (888—898).
[2]) M. di Lucca IV 2 p. 70 n. 53.
[3]) Regesto Sublacense p. 201 n. 154.

machen. Priso hatte die Basilika zu Auerbach der Freisinger Kirche tradiert; nach seinem Tode aber bestritten seine Söhne Helicho und Atto, dass eine Tradition seitens ihres Vaters erfolgt sei, und schliesslich kam die Sache vor das Gericht des Erzbischofs Arn von Salzburg, in dem, wie wir annehmen müssen, der Bischof von Freising wider die beiden Brüder Klage mit *malo ordine* erhob.

Der Vorsitzende fragt den Helicho, ob die Basilika tradiert worden sei oder nicht. Er antwortet: nein, und zwar antwortet er *cum wadio*, d. h. er verspricht rechtsförmlich unter Reichung der Festuca seine Behauptung zu beweisen. Nun aber erklärt der Erzbischof, nachdem das Wadium genommen ist, er habe selbst die Tradition mit eigenen Augen gesehen; eine gleiche Aussage macht noch der Abt Cundheri. Da gestehen denn die Beklagten ein, dass es so sei, wie der Erzbischof und der Abt sagten, und geben die Basilika heraus.

Es scheint in diesem Fall eine Verhandlung in den strengen Formen des Prozesses überhaupt nicht stattgefunden zu haben; aber es ist bemerkenswerth, dass der Beklagte, nicht aber der Kläger nach seinen Beweisen gefragt wird. Man möchte den Inhalt der Urkunde wohl dahin ergänzen, dass der Kläger eine schlichte Klage mit *malo ordine* erhob (von einer Urkunde war sicherlich keine Rede), wogegen die Beklagten vielleicht behaupteten als Erben ihres Vaters rechtmässigen Besitz auszuüben[1]).

Auch eine andere bereits besprochene bairische Urkunde kann hier erwähnt werden, nämlich die gegen den Bischof von Regensburg erhobene Klage, durch die der Kläger eine von seinem Bruder der Kirche gemachte *donatio post obitum* anficht, obwohl er, wie der Beklagte dagegen behauptet, sie nach dem Tode des Bruders anerkannt hatte. Der Kläger klagt offenbar mit einem blossen *malo ordine possides.* Hiergegen führt der Beklagte die hervorgehobene Einrede an, die er mit sechs Zeugen beweisen will. Nun sagt Kläger, auf diesen Punkt komme es zunächst gar nicht an, denn er bestreite ja die Tradition an sich. Darauf gelangt der Beklagte dazu, diese zu beweisen. Man sieht hier recht deutlich den Einfluss des leitenden Grundsatzes darin, dass das Recht der Beweisführung auch dann nicht

[1]) Nr. 180. Graf Hundt Abhandlungen XII p. 220 n. 15.

auf den Kläger übergeht, wenn der Beklagte zunächst den entscheidenden Punkt in seiner Erwiderung gar nicht berührt [1]).

Ebenso steht es, wenn der Beklagte einer allgemeinen Ausführung des Klägers gegenüber einen specielleren, jene entkräftenden Rechtstitel anführen kann, der seinen Besitz trotz jener zu rechtfertigen im Stande ist; wenn also seine Substanziierung materiell erheblicher ist als die des Klägers.

Hier erwähne ich nochmals den schon oft benutzten Streit um die Erbschaft zu Landegon. Kläger berufen sich auf Erbrecht; der Beklagte auf eine auf die Erbschaft gemachte Verwendung; dies ist ein speciellerer Einwand, er kann begründet sein neben dem von den Klägern behaupteten Rechtsgrund; daher ist er für die Entscheidung erheblicher, und daher wird er zum Beweis gestellt [2]).

Hierher möchte ich ferner eine gleichfalls schon erwähnte luccheser Urkunde von 785 rechnen, in der, wie schon oben berichtet wurde, der Bischof von Lucca vom Kleriker Agipraud Herausgabe der Peterskirche verlangt, die er durch begangene Verbrechen verwirkt habe. Der Kläger also beruft sich auf eine allgemeine Vorschrift des kanonischen Rechts. Aber dem gegenüber behauptet der Beklagte, zu einer Herausgabe sei er nicht verpflichtet, denn die Kirche stehe in seinem auf Erbgang beruhendem Eigenthum, und die Kirche von Lucca habe daher kein Recht auf sie. Diese Behauptung ist die zunächst erheblichere, und daher wird denn auch geurtheilt, dass der Beklagte sie durch *idonei et credentes homines* beweise [3]).

Ein besonderer Fall endlich ist der, dass der Beklagte, der sich auf dreissigjährigen Besitz beruft, unter allen Umständen dem Kläger im Beweise vorgeht, mag der Kläger seine Klage substanziiert, Beweismittel angeboten haben oder nicht [4]).

Die generellen Bestimmungen, die hierüber die verschiedenen Volksrechte enthalten, finden durch die urkundlichen Beispiele ihre Bestätigung [5]).

---

[1]) Nr. 241. Ried C. d. ep. Ratisb. I p. 24 n. 23.

[2]) Nr. 312. Cartulaire de Redon p. 148 n. 192. Th p. 115 n. 85.

[3]) M. di Lucca V 2 p. 118 n. 202. Muratori Ant. I c. 745. Brunetti II 1 p. 263 n. 24. Vgl. oben S. 146.

[4]) Siehe Heusler Gewere S. 80 ff., Brunner RG II S. 517.

[5]) Brunner führt a. a. O. für das fränkische Recht an Decr. Childeb,

In einer fränkischen Formel erwidert der Beklagte auf die Klage,

> *quod ipsam hereditatem . . . genitor suus vel quilibet parens ipsam ei moriens dereliquerat, et de annis 30 inter ipsum et parentes suos, qui ipsam ei dereliquerant, ipsam tenuissent, et secundum legem ei sit debita.*

Darauf ergeht das zweizüngige Beweisurtheil, dass er diese Einrede im Beweistermin beschwöre. Hier wird die Einrede dreissigjährigen Besitzes einer unsubstanziierten Klage gegenüber geltend gemacht [1]).

Ferner sei auf das Placitum Theoderichs III. von 679 hingewiesen. Klägerin beruft sich auf Erbrecht, Beklagter aber auf einunddreissigjährigen Besitz. Beklagter gelangt zum Eid [2]).

Auch aus Italien sind deutliche Beispiele erhalten. Eine luccheser Urkunde von 884 berichtet, wie, nachdem die Kläger im dritten Termin ihre Urkunden vorgelegt haben, der Beklagte, der immer von neuem weitere Erkundigungen einziehen zu müssen erklärt, sich im vierten Termin auf dreissigjährigen Besitz beruft und nun sofort zum Zeugenbeweis zugelassen wird, den er dann im fünften Termin erbringt [3]).

Ferner eine schöne Urkunde über eine 915 zu Teano abgehaltene Gerichtssitzung, in der der Kleriker Jaquintus wider den Propst von Monte Cassino und den Klostervogt um ein dort gelegenes Grundstück klagt. Kläger legt zwar eine Schenkungsurkunde vor, da aber Beklagter sich auf dreissigjährigen Besitz beruft, so kommt, nachdem Kläger zum Überfluss erklärt hat, hiergegen nichts einwenden zu können, er zum Beweise, wie es heisst *secundum consuetudinem monasterii;* nach dem was wir gesehen haben, eine „Gewohnheit des Klosters", die mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen durchaus übereinstimmte. Beklagter beschwört seine Einrede mit drei Eidhelfern [4]).

II. c. 3 (oben S. 23), Cap. a sacerd. propos. a. 802 c. 17 I 107; für das westgotische Leges Eurici, fragm. 277, Lex Wisig. X 2, 3. 4. 5; für das burgundische Lex Burg. 79, 3; für das langobardische Grimoald 4, Liu. 54.

[1]) Nr. 148. Form. Turon. n. 39. MGF p. 156.

[2]) Nr. 34. DDM p. 45 n. 49.

[3]) Mem. di Lucca IV 2 p. 65 n. 49, und V 2 p. 569 n. 930.

[4]) Gattula I p. 88.

Ganz ähnlich liegt die Sache in einer anderen Urkunde aus derselben Sammlung; auch hier legt Kläger eine Urkunde vor *(abbreviatura)*, worauf Beklagte dreissigjährigen Besitz behaupten, was sie dann, nachdem auch hier der Kläger eine ähnliche Erklärung abgegeben hat, mit drei Zeugen und Eidhelfern beweisen [1]).

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass unter Umständen die Berufung auf lange Besitzdauer schlechtweg, ohne dass gerade der Ablauf von dreissig Jahren behauptet wird, denselben Erfolg gehabt haben dürfte. Wenigstens scheint das aus einer fränkischen Urkunde hervorzugehen, die über eine in den Jahren 880—881 zu Angoulême stattgehabte Gerichtsverhandlung berichtet. Der Propst von St. Eparch zu Angoulême klagt wieder Avego (allerdings, wie es scheint, unsubstanziiert) um mehrere von diesem widerrechtlich besessene Hörige der Kirche [2]). Das Gericht fragt darauf zuerst nach dem Recht der Parteien, worauf der Kläger erwidert Römer (wohl weil er eine nach der *lex Romana* lebende Kirche vertritt), der Beklagte Salier zu sein. Da das Recht des Beklagten für die Vertheidigung entscheidend ist [3]), so wird uns in erwünschter Weise bestätigt, dass in unserem Beispiel salisches Verfahren stattfindet. Nun wird der Beklagte vom Gericht nach seinen Beweismitteln gefragt. Er beruft sich auf langen Besitz, dann aber auf die Frage, *si valebat ipsa mancipia per iustitiam vindicare,* erklärt er, sie weder auf Grund Erbrechts noch durch Zeugniss erstreiten zu können und restituiert sie dem Kläger [4]). Was für uns in dieser Verhandlung entscheidet, ist der Umstand, dass nur der Beklagte, der Kläger gar nicht nach seinen Beweisen gefragt wird [5]). Bei anderen thatsächlichen Voraussetzungen hätte der Beklagte bloss die erste Behauptung des langen Besitzes zu beschwören brauchen; ein

---

[1]) Gattula Acc. I p. 68 (975).

[2]) Wir wissen, dass derartige Prozesse um Hörige wie Immobiliarprozesse behandelt wurden.

[3]) Brunner RG I S. 263.

[4]) Nr. 419. Neues Archiv VII p. 634.

[5]) Vielleicht also liesse sich diese Urkunde als ein Beweis dafür verwenden, dass das salische Recht hinsichtlich der Bevorzugung des Klägers keine Sonderstellung eingenommen hat.

solcher Schwur war allerdings erforderlich, damit von einem *per iustitiam vindicare* die Rede sein konnte; da er aber einen Eid nicht wagte, auch andere Beweise nicht hatte (hätte er sie gehabt, so hätte er gewiss geschworen), so musste er unterliegen; nun galt einfach die Klagebehauptung als bewiesen.

Vielleicht kann hier auch noch eine bairische Urkunde von 807 eingereiht werden: vier Brüder klagen wieder den Bischof von Freising und berufen sich auf Erbrecht; hiergegen führt Beklagter als Rechtstitel eine vor langer Zeit erfolgte Tradition an; jene *hereditas* sei bereits von den Vorfahren der Kläger

ibi traditam fuisse iam priscis temporibus.

Vielleicht also weil diese Einrede als Behauptung langer Besitzdauer aufgefasst wurde, jedenfalls weil sie der klägerischen gegenüber als die materiell erheblichere galt, wird sie zum Beweis gestellt [1]).

In den bisher besprochenen Fällen lag die Sache stets so, dass es der Beklagte war, der durch die materielle Begründung seiner Einrede das schon an und für sich ihm znkommende Beweisvorrecht sich sicherte, indem er entweder einer völlig unsubstanziierten oder einer geringer substanziierten Klage, als es seine Einrede war, auf solche Weise erwiderte.

Nun aber konnte auch hier, wie oben in den Fällen des formell stärkeren Beweisangebots, die Lage sich verschieben; wie aus formellen, so konnte aus materiellen Gründen der Kläger dem Beklagten den Beweisvorrang entziehen.

Das war zunächst dann der Fall, wenn der Beklagte durch nacktes Lengnen zu antworten sich begnügte, der Kläger aber seine Behauptung materiell substanziierte. Dann war dem Beklagten der Eid über seine Behauptung verlegt, zu dem er gekommen wäre, wenn auch der Kläger nur eine schlichte Klage erhoben hätte. Wir sahen oben, dass gerade dieser Nachtheil der Anlass gewesen ist, eine einredeweise begründete Entgegnung auf die Klage immer allgemeiner zu verwenden; sie machte dem Kläger wenigstens die Sache nicht mehr so leicht.

Es sei zuerst, um mit einigen unzweifelhaften Beispielen zu beginnen, auf eine bairische Urknnde von 837 hingewiesen. Der Vogt des Bischofs von Freising klagt im missatischen Ge-

[1]) Nr. 178. Meich. I 2 p. 94 n. 124.

richt zu Einhofen wider Isanhard und Ellanhard *pro eorum hereditatem, quod habuerunt ad Durfingesdorf et ad Pachtiltahofa*, indem er behauptet, ihr Grossvater und Vater hätten diese Besitzungen der Kirche des h. Tertullianus zu Slechdorf tradiert. *Illi fero fortiter resistebant et contradicebant*, wird von den Beklagten gesagt; da aber nicht angeführt wird, dass sie irgend einen stichhaltigen Grund vorgebracht hätten, wird ihr tapferer Widerstand lediglich im Leugnen des klägerischen und Behaupten des eigenen Rechts bestanden haben; so gelangen denn auch der Bischof und sein Vogt zum Beweis; es heisst

> *hoc* (ihr Recht) *testimoniis adhibitis verum esse conprobare voluerunt et plenum testimonium testium habuerunt.*

Aber die Beklagten verzichten vorher freiwillig [1]).

Ähnlich verhält es sich in einigen italienischen Urkunden. Man kann hier wohl zunächst den zwischen den Bischöfen von Lucca und Pistoja 716 im Gericht eines Königsboten entschiedenen Prozess nennen. Es handelt sich in ihm um zwei Kirchen, die, wie der Vertreter des klagenden Bischofs von Lucca behauptet, stets im Eigenthum des luccheser Bisthums gestanden hätten. Also er beruft sich auf die lange Dauer des Besitzstandes. Hiergegen erwidert der Beklagte nur: *nostra deveat esse.* Der Kläger widerlegt nun diese Behauptung noch im speciellen, indem er nachweist, dass dem Bischof von Pistoja nur erlaubt gewesen sei, in jenen Kirchen Messe zu lesen und zu taufen. Er hat diese seine Behauptung eidlich zu erhärten [2]).

Im Jahre 807 erheben — die Urkunde ist gleichfalls bereits erwähnt worden — auf einem Gerichtstage zu Rieti vor den Königsboten Karls des Grossen und Pipins von Italien die Vertreter des Klosters Farfa Klage wider drei Brüder um Besitzungen, die ihr Oheim Palumbus dem Kloster übertragen habe, die sie aber widerrechtlich betreten und dem Kloster entfremdet hätten. Dieser substanziierten Klagebehauptung gegenüber haben die Beklagten nichts anderes zu erwidern, als:

---

[1]) Nr. 289. Meich. I 2 p. 309 n. 601. Mon. Boica IX p. 22 n. 14.

[2]) Mem. di Lucca V 2 p. 5 n. 5. Troya III p. 249. Muratori Ant. V c. 914. Brunetti I p. 452 n. 11.

absit, ut ipse Palumbus suam substantiam vobis dedisset aut tradidisset.

Da aber die Kläger sich auf Zeugen berufen, so gelangen sie zum Beweis [1]).

Auch der oben (S. 98) erwähnte Rechtsstreit aus dem Jahre 902 gehört hierher: auf die Klage wegen widerrechtlicher Besitzstörungen leugnet der Beklagte die Thatsache; nun geht das Beweisrecht auf den Kläger über, er wird gefragt, ob er seine Behauptung beweisen könne. Erst als er dies verneint, kommt Beklagter zum Schwur, denn nun lebt sein Recht wieder auf, da beide Parteien sich wieder gleichstehen [2]).

In einer bergamasker Urkunde von 919, die gleichfalls in demselben Zusammenhang bereits oben angeführt ist, erhebt der Bischof von Bergamo wider Adebarda und ihren Sohn Klage um einen Weinberg zu Larianica, mit dem, wie Kläger in der Klage angiebt, das Bisthum rechtmässig investiert worden sei; dagegen erklären die Beklagten nur, *quod hoc verum non esset,* worauf dann der Kläger zum Beweis zugelassen wird [3]).

Einige undeutlichere Fälle liegen ausserdem in Urkunden vor, die gleichfalls hier angeführt werden müssen. In ihnen ist die Fassung der schriftlichen Aufzeichnung eine sehr knappe, und es kann daher nicht erkannt werden, wie die Klage und Klagebeantwortung formuliert war. Aus dem Umstande aber, dass auch in ihnen dem Kläger sogleich die Beweisrolle zufällt, muss mit Bestimmtheit darauf geschlossen werden, dass auch hier der Beklagte sich der vom Kläger gegebenen rechtlichen Begründung gegenüber lediglich auf die blosse Behauptung seines Rechts beschränkte.

Hierher wird zunächst eine Formel aus der Sammlung von Angers zu stellen sein, in der dem Kläger auf die von ihm vorgebrachte Behauptung widerrechtlicher Besitzstörung durch Urtheil aufgegeben wird, in der Kirche mit Eidhelfern die Klagebehauptung zu beschwören [4]).

Die gleiche Annahme ist bei zwei cluniacenser Urkunden

---

[1]) R. di Farfa II p. 151 n. 184. Fatteschi p. 284 n. 40.

[2]) M. di Lucca V 3 p. 13 n. 1058. Muratori Ant. V c. 309.

[3]) Cod. Lang. c. 837 n. 486. Lupus II p. 113.

[4]) Nr. 17. Form. Andec. n. 39 MGF p. 17.

gestattet, in deren einer[1]), ohne dass von der Antwort des Beklagten ein Wort gesagt würde, nur das Schöffenurtheil erwähnt wird, in Erfüllung dessen der Kläger zu schwören hat, wie auch in der anderen[2]) nur von einem solchen Eid des Klägers berichtet wird.

Auch eine farfenser Urkunde von 751 zeigt die gleiche Eigenthümlichkeit; auch sie hat nur das Urtheil des Königsboten überliefert, dahin gehend, dass der Kläger die Klagebehauptnng beschwöre[3]).

Wenn dagegen in einer bereits oben (S. 98) erwähnten Urkunde von 829 auf den Vortrag der klagenden Vertreter von Farfa, römische Priester hätten dem Kloster Besitzungen entzogen, der Vogt der römischen Kirche nnr schlechtweg erwidert, die römische Kirche besässe jene Grundstücke zu Recht, und daraufhin nicht der Beklagte, sondern die Kläger zum Beweise zugelassen werden, so mnss man hier, wie mir scheint, römischrechtlichen Einfluss annehmen, denn nach den Grundsätzen des deutschen Beweisrechts wäre ohne Zweifel der Beklagte näher zum Beweise gewesen[4]).

Also: wo nur der Kläger einen materiellen Rechtsgrund angiebt, erlischt zu seinen Gunsten das Beweisvorrecht des Beklagten. Das ist nun ferner ebenso dann der Fall, wenn er den rechtlich erheblicheren Rechtsgrund anführt. Ganz entsprechend also der Vertheilung der Beweislast in den Fällen, in denen er das stärkere Beweismittel anbietet. Ein rechtlich erheblicheres Klagefundament liegt dann vor, wenn er einen speciellen Rechtstitel anführt, der als solcher entscheidender ist als der des Beklagten.

So beruft sich zum Beispiel in einer bairischen Gerichtsurkunde von 829 der Beklagte auf Erwerb aus Erbrecht, der Kläger aber führt dagegen an, dass ihm die Besitzung tradiert worden sei, also könne der Beklagte sie nicht mehr geerbt haben[5]).

[1]) Nr. 535. Chart. de Cluny II p. 75 n. 979 (955).
[2]) Nr. 593. Chart. de Cluny II p. 573 n. 1524 (980).
[3]) R. di Farfa II p. 42 n. 31. Troya IV p. 384 n. 646.
[4]) Reg. di Farfa II p. 221 n. 270. Cod. Lang. c. 198 n. 110. Mabillon Ann. II c. 736.
[5]) Nr. 265. Graf Hundt Abhandlungen XIII p. 12 n. 14.

Hier kommt denn auch, ganz wie einer sachlich durchaus übereinstimmenden auderen bairischen Urkunde von 840[1], der Kläger zum Beweis: das Bestehen seines Rechtstitels schliesst den des Beklagten aus, nicht umgekehrt, und daher ist seiner der erheblichere und zum Beweis zu stellende.

Es ergiebt sich also aus der Betrachtung der einzelnen Fälle der allgemeine beherrschende Grundsatz, dass der Beweisvorzug des Beklagten aus gewissen formellen und materiellen Gründen aufgehoben werden kann.

Ein letzter Grund, der die Beweisführung an den Kläger gelangen lässt, um dies zum Schluss zu besprechen, ist, wie sich fast von selbst versteht, dann gegeben, wenn der Beklagte, dem zunächst der Beweis obgelegen hatte, seinen Beweis nicht führen kann, sei es dass er es gar nicht zu versuchen wagt, sei es dass der Versuch misslingt.

Auf die Klage, die 782 der Bischof von Narbonne wider den Grafen Milo von Narbonne um verschiedene im Gau dieser Stadt gelegene Villen erhebt, erklärt der Beklagte zwar, er habe diese Villen vom König Karl zu Beneficium erhalten, eine Behauptung, die sicherlich geeignet gewesen wäre, zum Beweis gestellt zu werden; da er aber erklären muss, nicht das geringste zu ihrem Beweise anführen zu können, so gelangt der Kläger zum Zeugenbeweis[2].

Als in dem besprochenen luccheser Rechtsstreit von 764 der Beklagte einwendet, den streitigen Hof für sein eigenes Geld gekauft zu haben, war auch das an sich eine Entgegnung, die ihm den Beweis hätte sichern können; er verliert ihn aber an den Kläger, weil er sie nicht stützen kann[3].

Als im Jahre 871 vom Vogt der luccheser Kirche der Knabe Konrad und sein Vogt Fraipertus auf Herausgabe eines zu Nutzgenuss verliehenen, durch die Verschlechterung aber verwirkten Grundstücks verklagt werden, berufen sie sich zwar, indem sie die Thatsache der Verschlechterung leugnen, auf die Verleihungsurkunde, aus der hervorgehen solle, dass sie das Be-

[1]) Nr. 298. Meich. I 2 p. 313 n. 610.

[2]) Nr. 116. Vaissete II c. 47 n. 5.

[3]) M. di Lucca IV 1 p. 105 n. 60. Troya V p. 302 n. 827. Bertini app. p. 105.

dungene geleistet hätten; da sie aber dann gestehen das nicht beweisen zu können, so ist nun der Kläger am Beweis[1]).

Dem Abt Gaido von Cuccnruzn erwidert der Beklagte, er habe die streitigen Grundstücke von seinen Vorfahren geerbt; er kann das aber nicht beweisen, nud so gelangt Kläger zum Nachweis seines Rechtes, das er auf Kanf- und Schenknngsurkunden stützt[2]).

In einer salernitaner Urkunde von 993 endlich beruft sich der Beklagte zwar auf Schenkung; aber da auch er keine Beweise hat, so ergeht das Urtheil, dass der Kläger, der eine Kaufurkunde verlesen lässt, die Klagebehauptung beschwöre[3]).

Dass es in den Fällen, in denen der Beklagte zwar den Beweis antritt, ihn aber nicht erbringen kann, ebenso gehalten wird, liegt in der Natur der Sache.

So verhält es sich z. B. in einer bereits besprochenen farfenser Gerichtsverhandlung von 750: beide Parteien berufen sich auf Urknnden, aber die des Beklagten wird als Fälschnng erkannt; damit ist sein Beweis misslungen und Kläger kommt zum Eid[4]).

Ebenso gelangt in einer süditalienischen Urknnde von 965 der Kläger wegen mangelnder Beweiskraft der vom Beklagten producierten Urknnde dazu nun seinerseits seine Behauptung zn beweisen[5]).

Gleicherweise finden sich Beispiele für den Fall, dass es dem Beklagten nicht gelingt, durch die Berufung auf den Auktor sein Recht zu beweisen; anch hier geht dann das Beweisvorrecht auf den Kläger über[6]).

Als Merkwürdigkeit sei schliesslich eine Urkunde über eine 945 zu Reggio stattgefnndene Gerichtsverhandlung angeführt, in der der Beklagte sich zunächst auf dreissigjährigen Be-

---

[1]) M. di Lucca IV 2 p. 59 n. 39 nnd V 2 p. 492 n. 711. Ughelli I c. 798.

[2]) Gattula I p. 308 (963).

[3]) Cod. Cav. III p. 3 n. 461.

[4]) R. di Farfa II p. 37 n. 25. Troya IV p. 371 n. 641. Muratori Scriptores II b c. 341.

[5]) Cod. Cav. II p. 22 n. 230.

[6]) Beispiele: M. di Lucca V 2 p. 386 n. 648, Muratori Ant. I c. 527 (847); Cod. Lang. c. 841 n. 207, Fumagalli p. 326 (859).

sitz beruft, dann aber erklärt, dies nicht beweisen zu wollen; worauf Kläger mit Zeugen sein Recht zu beweisen sich verpflichtet. Aber im neuen Termin bekennt der Kläger keinen Beweis führen zu können, und erkennt das Recht des Beklagten an. Was der Grund für das Nicht Wollen des Beklagten war, ist nicht mehr zu erkennen[1]).

Diesem Übergang des Beweisvorrechts auf den Kläger, einem Übergang, den der Kläger lediglich dem Verhalten seines Gegners verdankt, entspricht der Rückfall des Beweises an den Beklagten in denjenigen Fällen, in denen nun seinerseits der Kläger den ihm zustehenden Beweis nicht zu führen vermag. Das sehen wir z. B. in folgenden Urknnden.

In einer luccheser Urkunde aus dem Jahre 764, deren Thatbestand wir schon kennen (vgl. oben S. 173).

Der Priester Lucipert klagt wider den Priester Gundualdum einen Hof in Campulo, den Beklagter, wie Kläger behauptet, gegen Hingabe von Vermögen der bischöflichen Taufkirche des h. Cassianus, deren Rektor er war, gekauft habe und nun, nachdem er jene Stellung nicht mehr innehabe, durch Mitnahme der Kaufurkunde als persönliches Eigenthum widerrechtlich besitze. Der Beklagte erwidert, er habe die Kirche mit seinem persönlichen Vermögen erworben. Der Kläger beruft sich auf Zeugen, die gesehen hätten, dass der Beklagte den Verkäufern goldene Kreuze gegeben habe, also Kirchengut. Ihm wird durch Urtheil auferlegt, den Zeugenbeweis zu führen. Er erringt das Beweisrecht, weil er Beweise für sein Recht anführt, Beklagter bloss leugnet. Auf dem nächsten Termin aber erklärt er keine Zeugen stellen zu können. Und nun kommt der Beklagte an den Beweis seiner Behauptung; er legt die Kaufurkunde vor, in der nichts von goldenen Kreuzen steht, und hat darauf selbfünft zu beschwören den Hof für den in der Urkunde angegebenen Preis gekauft zu haben[2]).

In einer sehr lückenhaften ravennatischen Urkunde von c. 950 erklären die klagenden Grafen und Gräfinnen den im

---

[1]) Tiraboschi Modena I b p. 112 n. 92; Muratori Ant. I c. 463.

[2]) M. di Lucca IV 1 p. 105 n. 60. Troya V p. 302 n. 827. Bertini app. p. 105.

vorigen Termin gelobten Beweis nicht führen zu können; der beklagte Abt kommt daher zum Schwur[1]).

Anderes dagegen scheint mir die Sache in einer septimanischen Gerichtsurkunde von 868 zu liegen. Der Kläger beruft sich auf den beneficiarischen Charakter der eingeklagten Villen, der Beklagte auf Tradition. Nun wird der Kläger, nicht der Beklagte, nach seinen Beweisen gefragt. Das also scheint wieder ein Fall zu sein, in dem römischrechtliche Einflüsse sich bemerkbar machen. Erst da der Kläger eingesteht, keine Beweise zu haben, gelangt der Beklagte zum Beweis[2]).

Damit haben wir an der Hand der Urkunden einen Überblick über die die Vertheilung der Beweisrolle beherrschenden Principien gewonnen. Wir sehen, dass einige wenige Grundgedanken immer wiederkehren; alles beruht auf dem allgemeinen Beweisvorrecht des Beklagten, das nur aus ganz bestimmten formellen oder materiellen Gründen ausser Wirksamkeit tritt. Und zwar geschieht die Vertheilung der Beweisrollen und die Abweichung von der allgemeinen Regel nicht auf Grund einer Würdigung des einzelnen Falls, sondern dem formalen Charakter des alten Prozesses entsprechend lediglich auf Grund fester ein für allemal geltender Regeln, die auf jeden Fall angewendet werden mussten; ein Nachtheil, der nur durch die durchschnittliche Zweckmässigkeit dieser Regeln ausgeglichen werden konnte und, wie man in Würdigung der einzelnen überlieferten Rechtsfälle wohl behaupten kann, thatsächlich ausgeglichen wurde.

---

[1]) Vesi doc. I p. 200. Fantuzzi IV p. 176.

[2]) Nr. 373. Vaissete II c. 346 n. 169. Th p. 143 n. 101.

Viertes Kapitel.

Die Beendigung des Rechtsganges.

Wir wissen, im alten Recht trug wie jede Klage so auch die Klage um „Landnahme“, daher wie jeder Prozess so auch der Immobiliarprozess strafrechtlichen Charakter. Das vom Beklagten verübte Unrecht, die „Landnahme“, sollte gerichtlich verfolgt werden. Der Rechtsgang bezweckte also Sühnung eines begangenen Unrechts. Diese Sühnung erforderte zweierlei; nicht nur Wiederherstellung des vom Beklagten verletzten Rechtszustandes, in den Fällen der Landnahme also Zurückgabe des Grundstücks, sondern auch Busse für seinen Frevel. Der Rechtsgang um Liegenschaften findet daher ursprünglich nur durch Herausgabe des Grundstücks und durch Busszahlung seitens des Beklagten seinen Abschluss.

Im Lauf der Zeit streift jedoch der Immobiliarprozess in vielen Fällen den strafrechtlichen Charakter ab. Allerdings erhielt sich, wie wir gesehen haben, als deutliches Zeugniss seines Ursprungs die Formel *malo ordine;* aber nicht mehr in jeder Klage galt der Beklagte, auch wenn er unterlag, als der Landnahme schuldig. Denken wir z. B. an Fälle, in denen sich der auf Investitur gestützten Klage gegenüber der Beklagte auf Erbrecht berief, oder an solche, in denen er unterlag, weil seine Urkunden durch die grössere Zahl der klägerischen überboten wurden, so ist klar, dass hier von einem kriminalen Unrecht keine Rede zu sein brauchte. In solchen Fällen fiel die Busszahlung fort; sie fiel also dann fort, wenn der Be-

klagte sich für seinen Besitz auf einen Rechtsgrund berief, mochte dieser dann auch durch einen besseren des Klägers überwunden werden. Hier handelte es sich dann nur noch um Wiederherstellung des verletzten Rechtszustandes. Es war also die im Laufe der Zeit entstandene Möglichkeit austatt lediglich mit schlichtem Leugnen technisch die Klage beantworten oder eine solche Antwort verweigern zu dürfen, sich einredeweise gegen den Klagevorwurf zu vertheidigen, die dem Immobiliarprozess den ausschliesslich strafrechtlichen Charakter nahm. Im übrigen war von einer Busszahlung natürlich auch dann keine Rede, wenn der Beklagte die ihm vorgeworfene That leugnete, nicht bloss das *malo ordine tenere, invadere* u. s. w., sondern das *tenere*, *invadere* überhaupt, wenn er also seinerseits keine Ansprüche auf das Grundstück machte. Dann muss er es auf alle Fälle dem Kläger überlassen, bleibt aber frei von Busse, er müsste denn durch den Ausgang des Beweisverfahrens der Landnahme überführt werden [1]).

Das gerichtliche Verfahren hat den Zweck, die schuldige Leistung, Busszahlung und Rückgabe d. h. Wiederherstellung des Schadens, oder nur diese Rückgabe, vom Beklagten zu erzwingen. Die richterliche Autorität übt diese Zwangsgewalt aus. Aber im alten Prozess anders als heut. Die Funktion des Urtheils ist im germanischen Prozess und so auch noch im Prozess der fränkischen Zeit eine andere als im heutigen.

Das alte Recht [2]) kennt nicht nur Endurtheile und Beweisurtheile im heutigen Sinn, sondern es verwendet besonders häufig Urtheile, die beides zugleich sind. Ein den Rechtsstreit entscheidendes Endurtheil erging ursprünglich nur dann, wenn der Beklagte dem Klagevorwurf nicht widersprach, d. h. also wenn die Sache sofort, ohne dass ein Beweisverfahren nöthig war, ihre Erledigung fand.

Musste dagegen ein Beweis geführt werden, so erging ein alternativ gefasstes, ein zweizüngiges Urtheil, durch das sowohl

---

[1]) Brunner RG II S. 515.

[2]) Die folgenden Ausführungen beruhen auf der Darstellung in Brunners RG II S. 362 ff.

die Beweis-, als auch die Rechtsfrage entschieden wurde. Das heisst, in diesem Urtheil sprach das Gericht aus, welche der Parteien zu beweisen und was sie zu beweisen habe, und was dann, je nachdem der Beweis gelänge oder nicht, als Recht gelten solle. Mit diesem Urtheil also fand der Rechtsgang noch nicht seinen Abschluss; es folgte nun noch das Beweisverfahren. Das richterliche Urtheil ist in diesem Fall nur eine indirekte Entscheidung der Rechtsfrage. Es ist eine noch unter eine Bedingung gestellte Entscheidung, eine Entscheidung, die ausspricht, was als Recht gelten solle, je nachdem die Beweisführung sich gestaltet. In dem zweizüngigen Beweisurtheil, das zugleich bedingtes Endurtheil ist, zeigt sich, wie sehr der alte Prozess ein auf dem Parteibetrieb beruhender Prozess ist; das Gericht spielt mehr die vermittelnde, als die entscheidende Rolle; die Entscheidung liegt in der Hand der Parteien; das Gericht bahnt gewissermaassen nur den Weg, damit durch die Thätigkeit der Parteien im Beweisverfahren das Recht zu Tage treten kann.

Es wurde dann üblich, dass man das Gericht anging nach Abschluss des Beweisverfahrens seinerseits noch einmal dessen Ergebniss zu konstatieren, also zu grösserer Sicherheit das noch einmal auszusprechen, was bereits in dem bedingten zweizüngigen Beweisurtheil ausgesprochen worden war. So schloss sich dann an das Beweisverfahren ein deklaratorisches Urtheil an, ein Urtheil nicht in unserem Sinne, keine Entscheidung streitiger Punkte (die streitigen Punkte waren bereits entschieden), sondern ein Spruch, der eben nur feststellte und anerkannte, was sich als Recht herausgestellt hatte.

Ein solches deklaratorisches Urtheil pflegte auch dann ausgesprochen zu werden, wenn durch Geständniss und freiwillige Befriedigung seitens einer Partei der Gegner Genugthuung erhalten hatte. Jedoch begnügte man sich in solchen Fällen nicht selten mit dem förmlich ausgesprochenen Verzicht der unterliegenden Partei, der Professio und Manifestatio, ohne dass ein deklaratorisches Urtheil hinzutrat; wir finden das besonders in Italien.

Im Laufe der Zeit kam man mehr und mehr von dem zweizüngigen Urtheil ab; man entschied zunächst durch ein reines Beweisurtheil die Beweisfrage, um dann am Schluss des Ver-

fahrens ein reines Endurtheil folgen zu lassen; im langobardischen Recht scheint das von jeher üblich gewesen zu sein [1]).

Das Urtheil enthielt, wo es nicht rein deklaratorisch war, den Befehl, was Seitens der unterlegenen Partei zu geschehen habe; damit verband sich dann meist für die siegreiche Partei eine ausdrückliche Bestätigung ihrer Rechte. Der Urtheilsbefehl ging ursprünglich dahin, dass die unterlegene Partei die Erbringung der schuldigen Leistung gelobe. Denn ursprünglich war nur um eine angelobte Schuld Exekution möglich. Das zweizüngige Beweisurtheil sprach also in der Regel aus, die Partei solle den Beweis oder die Herausgabe des Grundstücks und die Zahlung der Busse geloben. Später änderte sich das; als ein Exekutionsverfahren gegen den Ungehorsamen sich bildete, auch ohne dass ein besonderes Gelöbniss vorangegangen war, genügte es im Urtheil direkt die schuldige Leistung anzubefehlen.

Ist das Urtheil ausgesprochen, so wird, wenn es auf Gelöbniss geht, seine Erfüllung von den Parteien gelobt. Es wird ein Urtheilerfüllungsvertrag geschlossen. Also auf das zweizüngige Beweisurtheil ergeht das Gelöbniss den Beweis zu erbringen und im Unterliegungsfall zu leisten, auf das Endurtheil die Herausgabe und die Busszahlung vorzunehmen. Auch aber wenn das Urtheil direkt auf Beweis oder Leistung gestellt ist, können die Parteien einen Urtheilserfüllungsvertrag schliessen. In diesem Fall hindert sie jedoch nichts, sogleich den Beweis anzutreten, sogleich die Rückgabe zu vollziehen, die Busse zu zahlen. Geschieht das nicht, so folgt in der Urtheilserfüllung gewissermaassen noch ein letzter Akt; insbesondere pflegt die reale Investitur auf Grund des Urtheils nach Ablauf eines kürzeren Zeitraums stattzufinden, worüber dann unter Umständen noch eine besondere Urkunde aufgenommen wird. Auch kommt es vor, dass die obsiegende Partei noch besonders sich verpflichtet, sich mit dem Erreichten in Zukunft zu begnügen, wogegen dann auch der Beklagte noch eine eigene Strafverpflichtung zu übernehmen pflegt, für den Fall, dass er in Zukunft noch einmal das Recht des Siegers verletzen sollte. Mit diesem Strafgedinge ist dann der Friede zwischen den Parteien hergestellt.

[1]) Brunner RG II S. 364.

Im folgenden sollen diese hier übersichtlich zusammengefassten Grundsätze durch die überlieferten Beispiele veranschaulicht werden; zum Schluss soll sich dann noch eine kurze Betrachtung des Versäumnissverfahrens anschliessen.

I. Das Urtheil.

Wir betrachten zunächst, was durch das Urtheil der unterliegenden Partei zu thun befohlen wurde.

Abgesehen von den Fällen des Beweisurtheils wurde der Unterliegende, wenn er der Landnahme überführt war, zur Zahlung der Busse verurtheilt.

Die Volksrechte enthalten bestimmte für den Landraub geltende Busssätze [1]). Bei den Franken betrug, wenn nicht andere erschwerende Umstände hinzukamen, die Busse funfzehn Solidi.

So heisst es in der Lex Ribuaria 60, 2:

> *Si quis consortem suum quantulumcumque superpriserit, cum 15 solidis restituat,*

das heisst, wer in das Grundbesitzthum eines anderen eingedrungen und sich ein wie grosses Stück auch immer angeeignet hat [2]), zahle funfzehn Solidi Busse.

Dieselbe Summe wird dann in 60, 5 angedroht:

> *Quod si extra marcha in sortem alterius fuerit ingressus, iudicium conpraehensum conpellatur adimplere.*

Die gleiche Busszahl findet sich in einer Extravagante der Lex Salica (A, 2); sie wird dort für den Fall zuerkannt, dass jemand sich weigert ein ihm verliehenes Landstück dem Eigenthümer herauszugeben; auch also ein Fall der Landnahme [3]).

---

[1]) Brunner RG II S. 513 Anm. 8 giebt eine Zusammenstellung der wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen.

[2]) Über *superprendere* in dieser Bedeutung siehe oben S. 39.

[3]) Bei Hessels p. 420: *Si quis terram alienam condempnauerit et ei fuerit adprobatum [MMD den. qui fac.] sol. LXX culp. iud.* So nach den Codd. 7, 8, 9. Nach Cod. 10: *Si quis alteri auicam terram suam commendauerit, et ei noluerit reddere, si cum admalluerit et conuinxerit, DC den. qui fac sol. XV culp. iud.* — Erhöhte Bussen gelten z. B. in folgenden Fällen: L. Sal. 14, 6: *Si quis villa aliena adsalierit, quanti in eo contu-*

Nach bairischem Recht galt eine Busse von sechs Solidi. Lex Bainwariorum 17, 1:

> *Si quis homo pratum vel agrum vel exartum alterius contra legem malo ordine invaserit et dicit suum esse, propter praesumptionem cum sex solidis componat et exeat.*

Hierher gehört auch, wie Brunner a. a. O. bemerkt, die Bestimmnng in 12, 6, die für den, der widerrechtlich eine neue Grenze festsetzt, das *damnum pervasionis* bestimmt, *id est sex solidos.*

Die gleiche Busse findet sich im langobardischen Recht. So bestimmt z. B. Roth. 284:

> *Si quis in orto alterius introierit aut salierit ad furtum faciendum, conponat solidos sex*;

ebenso der, der einen fremden Zaun erbricht (Roth. 285), ein fremdes Feld oder einen fremden Garten bestellt (354, 355, 356) oder verwüstet (357); in Gesetzen König Liutprands wird dieselbe Strafe für denjenigen angedroht, der einen fremden Wald abschlägt (Liu. 45), einen Graben auf fremden Grund und Boden zieht (46), einen Zaun dort errichtet (47). Besonders kommt in Betracht Liu. 148:

> *Si quis ex sua auctoritate terra aliena sini publico wifaverit, dicendo quod sua debet esse, et postea non potuerit provare quod sua sit, conponat solidos sex, quomodo qui palo in terra aliena figit.*

Wir erinnern nns, dass nach langobardischem Recht die Klage um Grund nnd Boden durch das Aufpflanzen der *wiffa*, des Strohwisches, also durch einen Anefang eingeleitet werden konnte [1]; wer aber in dem so von ihm begonnenen Rechtsstreit unterlag, hatte die Busse von sechs Solidi zu errichten. Diese Zahl wnrde später, wie die langobardischen Juristen auch bei dieser Stelle hinzufügen, durch ein Kapitnlar Pipins von 787 auf

---

bernio probantur, mal. secthis, hoc est sol. LXIII culp. iud. Also hier tritt Erhöhung wegen des Bandenmässigen ein. L. Rib. 60, 3: *Si autem infra testamentum regis aliquid invaserit, aut cum sex iurit, quod infra terminatione testamenti nihil invasisset, aut cum 60 solidis omnem redditionem restituat.* Also Königsbann.

[1]) Vgl. oben S. 25.

sechzig Solidi erhöht; d. h. es wurde die königliche Bannbusse eingeführt [1]).

In diesen Busszahlen ist sowohl die an den Beschädigten zu zahlende eigentliche Busse als auch das an die öffentliche Gewalt zu entrichtende Friedensgeld, der Fredus, zusammengefasst; im burgundischen Recht werden beide Zahlen getrennt aufgeführt: z. B.

L. Burg. 25, 1: *Si quis cuiuslibet hortum violenter aut furtim ingressus fuerit, inferat pro ipsa praesumptione illi, cuius hortus est, sol. 3, et multae nomine sol. 6.*

L. Burg. 103, 1 (Add. I, tit. 16): *Quicunque in vineam alienam intrare praesumpserit de die furti causa, inferat illi, cuius vinea est, solidos 3, et multae nomine solidos 2.*

Gerade aus derartigen Gesetzesstellen erhellt am deutlichsten, wie nah sich der Thatbestand der Landnahme mit anderen Delikten berühren konnte.

In fränkischen Formeln begegnet für Busse der Ausdruck *legis beneficium* [2]).

So heisst es in einer aus der Sammlung von Angers, der Beklagte solle, wenn er im Beweistermin seinen Auktor nicht zu stellen vermöge, die eingeklagten Weinberge *cum legis beneficio* revestiren [3]).

Ebenso wird diese Ausdrucksweise in einer Formel aus der Marculfschen Sammlung verwendet [4]).

Hierher gehört ferner eine salfränkische Formel, in der der Beklagte verurtheilt wird,

ut secundum legem per wadium suum apud solidos 30 predicto illo de ipso campo legibus revestisset [5]);

und eine andere, in der, nachdem das Gottesurtheil der Kreuzprobe vollzogen ist, dem Unterliegenden auferlegt wird,

quod de ipsa terra ipso illo legibus revestire deberet [6]).

So wird es zweifellos auf die Zahlung der Busse zu be-

---

[1]) Pippini Cap. Pap. a. 787 c. 14 MG Capitularia I 200. Vgl. Brunner a. a. O., Pertile Storia del diritto italiano IV S. 170.

[2]) Brunner RG II S. 518.

[3]) Nr. 20. Form. Andec. n. 47 MGF p. 21.

[4]) Nr. 50. Marc. I n. 38 MGF p. 67.

[5]) Nr. 73. Form. Sal. Merk. n. 29 MGF p. 252.

[6]) Nr. 89. Form. Sal. Bign. n. 13 MGF p. 233.

ziehen sein, wenn in dem schon mehrfach behandelten burgundischen Prozesse aus dem Jahre 870 der Beklagte im dritten Termin verurtheilt wird,

> *ut de ipsis casnis, quas mortificavit* (also bezüglich der vernichteten Eichenwälder), *legem faceret et revadiaret seu supradictam terram legaliter redderet.*

Ausser Zurückgabe des Grundstücks soll er Zahlung der verwirkten Busse geloben [1]).

Deutlich ist auch eine septimanische Urkunde von 893. Der Beklagte, der beweisfällig gebliebeu ist, wird verurtheilt, die streitige Kirche herauszngeben;

> *quod ita et fecit; et duas partes wadiavit et tercia in fredo de ipsa lege.*

Wir sehen hier, dass zwei Drittel der Summe an die Partei als Busse, ein Drittel an den Fiskus als Friedensgeld gezahlt werden [2]).

Auch eine burgundische Urkunde von c. 863 ist hier anzuführen. Der Vogt des Erzbischofs von Vienne erhebt wider einen gewissen Sigibertus Klage, weil er an drei Orten die kirchliche Immunität gebrochen habe. Der Beklagte gesteht die beiden ersten Fälle ein, leugnet aber den dritten; er erbietet sich, die Unrichtigkeit des dritten Klagevorwurfs zu beschwören. Der Eid wird ihm erlassen und nur ein Viertel der Immunitätsbusse auferlegt, so dass er wegen jener beiden Fälle zusammen dreihundert Solidi zu büssen hat, deren Zahlung er für den 1. September mit vier Bürgen verspricht [3]).

Brunner [4]) weist darauf hin, dass auch das Vorkommen des Ausdrucks *cum fide facta* auf das Gelöbniss der Busszahlung schliessen lässt.

Er findet sich z. B. in einer burgundischen Urkunde von 903, in der der Beklagte verurtheilt wird,

---

[1]) Nr. 379. Pérard p. 149. Th p. 142 n. 100ter.

[2]) Nr. 441. Ménard hist. de Nîmes, preuves p. 16 n. 3; Germer-Durand p. 17 n. 8. Th p. 167 n. 114.

[3]) Nr. 362. D'Achéry Spicilegium I p. 358. Th p. 135 n. 96. Diese beiden letzten Beispiele führt Brunner RG II S. 519 Anm. 36 an.

[4]) a. a. O.

ut alodem secundum legem et iudicium per guadium suum reddidisset una cum lege et fide facta[1]).

Ferner in einem Königsplacitum Karls des Grossen, das eine 775 zu Schlettstadt geführte Verhandlung betrifft und in der, wie bereits erwähnt worden ist, auf das Gottesurtheil der Kreuzprobe erkannt wurde, weil die von den Parteien vorgelegten Urkunden sich widersprachen. Der Beklagte zitterte zuerst; desshalb

ipse et Aldradus (der Mitbeklagte) . . . *ipsas res . . . per eorum wadia una cum legibus fidefacta . . . visi sunt reddidisse*[2]).

Ähnlich in dem diedenhofener Placitum Karls des Grossen aus den Jahren 777 bis 791. Die Beklagten werden verurtheilt,

ut in presentia nostra das eingeklagte Kloster *cum fide facta reddere deberent*[3]).

Um eine verstärkte Busssumme dürfte es sich auch in folgender bereits anderweitig besprochenen bairischen Urkunde von 818 handeln. Der Beklagte wird auf Grund stattgehabten Inquisitionsbeweises verurtheilt die streitigen Gegenstände an den Bischof von Freising und seinen Vogt herauszugeben. Er thut das, und dann heisst es weiter:

fideiussor Uuolfleoz wadiavit omnia similia, item Uuolfleoz fideiussor pro altare 40 solidos.

Dieser Bürge verbürgt sich also einmal für die Vornahme der realen Investitur (von der die Urkunde dann noch berichtet), ausserdem aber, wie es scheint, für die vom Beklagten verwirkten vierzig Solidi[4]). Es liegt hier offenbar der in L. Baiuw. 17, 1 gemeinte Fall vor; der Beklagte hatte dreimal erklärt, *ecclesiam suam propriam esse;* das ist das *et dicit suum esse* des Volksrechts; die erhöhte Summe dürfte mit Rücksicht auf L. Baiuw. 1, 6 festgesetzt sein, wo es heisst:

---

[1]) Nr. 459. Besly p. 224.

[2]) Nr. 94. Grandidier Strasbourg II p. 118 n. 69. Mühlb. 196. Dies Beispiel führt Brunner RG II S. 519 Anm. 35 an.

[3]) Nr. 130. Waitz in den Forschungen z. d. G. III p. 151. Beyer mittelrhein. UB I p. 32 n. 27. Mühlb. 252.

[4]) Nr. 219. Meich. I 2 p. 194 n. 368. LSch p. 32 n. 50.

Et quisquis de rebus ecclesiae furtivis probatus fuerit, ad partem fisci pro fredo praebeat fideiussorem, et donet wadium de quadraginta solidis, et tantum solvat quantum iudex iusserit.

Ganz ebenso verhält es sich in einer anderen bairischen Urkunde (823). Der Bischof Hitto von Freising und sein Vogt erheben wider Adaluni Klage um die Kirche zu Holzhausen; ihr Recht wird gleichfalls durch Inquisition erwiesen. Der Beklagte giebt die Kirche zurück. Und dann heisst es hier wie oben:

Regino fideiussor omnia similia wadiavit; Regindeo, Hitto, Heipo, Cotefrid fideiussores pro altare wadiavit XL solidos; Oadalperht fideiussor.

Hier wird also die Zahlung der Busse von vierzig Solidi von mehreren Bürgen gewährleistet. Dass es sich in der That um eine Busse handelt, ergiebt der Schluss der Urkunde:

Tum vero a multis postulatus . . . episcopus perdonavit illam conpositionem usque ad XL solidos.

Das heisst, wie ich übersetzen zu müssen glaube, der Bischof, der Kläger, erlässt dem Beklagten die Zahlung der vierzig Solidi betragenden Busse[1]).

Von einem Erlass der Busse handelt auch folgende bairische Urkunde aus dem Jahre 804. Der Vogt der Bischofs von Freising klagt wider Lantfrid um Güter in Scharnitz und beweist das Eigenthum der Kirche durch Inquisition. Der Beklagte wird zur Herausgabe verurtheilt. Er aber ist störrisch und will sich die Hälfte des Streitgegenstandes sichern;

tunc ipsi missi, die vorsitzenden Königsboten, so fährt die Urkunde fort, *una cum his, qui in ipso placito adfuerunt percogitantes stultitiam eius, ut etiam sine gravi damno evaderet in mercedem sanctae Dei ecclesiae et Domni Imperatoris, rogantes ipsum venerabilem Attonem episcopum conplacitaverunt ei, ut licuisset ei sine compositione legitima res predictas sanctae ecclesiae sana manu etiam sine compositione emunitatis Regis et sine debito regali reddere.*

Also auf Gestatten des Klägers erlassen die Richter dem

[1]) Nr. 243. Meich. I 2 p. 248 n. 479.

Beklagten in Anbetracht seiner Einfältigkeit die Busse und das dem Fiskus verfallende Friedensgeld [1]).

Auch für Italien können einige urkundliche Belege beigebracht werden.

Zunächst ein Prozess, der zu Lucca im Jahre 786 geführt worden ist. Der Priester Deusdedit klagt wider den Priester Deusdona um die Kirche des h. Angelus, die ihm durch Ordination seitens des Beklagten übertragen, dann aber entzogen worden sei, indem Beklagter ihm die Ordinationsurkunde gestohlen habe und nun sein Recht auf die Kirche bestreite. Der Beklagte sucht sich schliesslich dadurch herauszureden, dass er angiebt nicht er, sondern ein Dritter habe in seinem Auftrag den Diebstahl ausgeführt. Nachdem der Inhalt jener Urkunde durch Zeugen erwiesen ist, wird der Dritte zur Wadiation der gesetzlichen Busse, also im vorliegenden Falle der für Entwendung einer Urkunde festgesetzten Busse, verurtheilt [2]). Wie man sieht, kommt hier ein Analogon für den Immobiliarprozess in Frage.

Dagegen gehört eine farfenser Urkunde von 798 ganz hierher. Im Königsbotengericht zu Spoleto erhebt das Kloster Farfa wider den Herzog Guinichis Klage, weil seine Leute die Fischereien des Klosters geschädigt haben;

> *contenderent piscarias monasterii . . . et retia . . . rupissent et pisces tulissent et homines eius vapulassent.*

Der Herzog muss die Thatsache zugeben, aber er erklärt es sei ohne sein Wissen und Wollen geschehen. Darauf ergeht ein Urtheil auf Revestitur.

> *Insuper*, bekunden die Vorsitzenden, *fecimus eos* (= *eis*, den Klägern) *dare guadiam de compositione iuxta legem, pro eo quod homines eius ibi vapulati fuissent et retia rupta vel pisces ablati* [3]).

Endlich eine weitere, bereits behandelte, farfenser Urkunde aus dem Jahre 811. Der Priester Clarissimus wird von Farfa

[1]) Nr. 166. Meich. I 2 p. 88 n. 116. Mon. Boica IX p. 17 n. 10. — Über den Ausdruck *sana manu reddere* siehe Brunner RG II S. 519 Anm. 38.

[2]) Mem. di Lucca V 2 p. 123 n. 211. Muratori Ant. I c. 531. Brunetti II 1 p. 268 n. 26.

[3]) Reg. di Farfa II p. 142 n. 171. Fatteschi p. 284 n. 39.

verklagt, weil er sich geweigert habe ein früher gegen ihn ergangenes Urtheil auf Herausgabe widerrechtlichen Besitzes zu erfüllen. Nachdem bewiesen worden ist, dass thatsächlich ein solches Urtheil ergangen war, wird der Beklagte zur sofortigen Herausgabe veranlasst,

> *et fecimus ipsum Clarissimum dare guadiam ipsi Izzoni presbitero et Leoni sculdahis* (den Vertretern von Farfa), *ut eis conponeret, sicut ille qui malo ordine in terram alienam introibit aut signata alterius cappilavit.*

Eine deutliche Anspielung auf die oben (S. 204) citierte Stelle des langobardischen Edikts.

Diese angeführten Beispiele veranschanlichen in ausreichender Weise die gesetzliche Verpflichtung des Beklagten sein Unrecht, das *malo ordine possidere, intrare* u. s. w., durch Busszahlung zu sühnen.

Aber die Seltenheit der Beispiele zeigt uns zugleich, dass es in der fränkischen Zeit bereits zu den Ansnahmen gehörte, wenn die nnterliegende Partei dem Gegner Busse entrichten und Friedensgeld zahlen musste; in den meisten Fällen handelte es sich nnr um Wiederherstellung des verletzten Rechtszustandes.

In den Fällen eigentlicher Landnahme wird daher dem Beklagten Herausgabe des widerrechtlich in Besitz genommenen Grundstücks durch das Urtheil anbefohlen.

Das ist in unzähligen Fällen der Inhalt des Urtheils. So heisst es z. B. in einer burgundischen Urkunde von 843, dem Beklagten sei geurtheilt worden,

> *ut ipsas res* (Güter in *villa Balgiaco*) dem Kläger *secundum legem per suum wadium revestire deberet*;

also das Urtheil geht auf Gelöbniss der Rückgabe[1]).

Ebenso verhält es sich in der oben erwähnten burgundischen Urknnde von 903; Urtheil, dass Beklagter dem Kläger

> *alodem secundum legem per guadium suum reddidisset*[2]).

In einer septimanischen Urkunde von 909 wird der Beklagte verurtheilt,

> *quod donasset duos wadios in manus episcopi Ugberto*

---

[1]) Nr. 316. Pérard p. 33 n. 13.

[2]) Nr. 459. Besly p. 224. Vgl. oben S. 207.

(des Klägers), *ut cum legibus ipsum alodem suprascriptum remandasset*[1]).

In einer anderen aus dem Jahre 972 heisst es, diesmal vom Kläger, dass er

> *per guadium suum, id est per festucam de vite, ipsas res suprascriptas in manu episcopi* (des Beklagten) *reddidisset et guirpitionem efficisset*, d. h. seinen Verzicht ausspreche[2]).

Sehr viel häufiger aber sind die Beispiele, in denen direkt die Herausgabe anbefohlen wird.

Es sei an das vorhin (S. 207) erwähnte diedenhofener Placitum Karls des Grossen erinnert, in dem gegen die Beklagten das Urtheil ergeht,

> *ut in presentia nostra* dem klagenden Erzbischof von Trier das Kloster Mettlach *reddere deberent*[3]).

In einer burgundischen Urkunde von 870 werden die Beklagten verurtheilt,

> *ut res secundum legem redderent supradictas*[4]).

Auf Räumung und Herausgabe lautet das Urtheil in einer Reihe von septimanischen Urkunden; es pflegt hier meistens zugleich unter Berufung auf die Lex Wisigothorum ein Gerichtsdiener, der Sajo, mit der Revestitur beauftragt zu werden.

So heisst es in einer Urkunde von 782:

> *ordinavimus Milone comite* (Bekl.), *ut de ipsas villas se exigere fecisset et Arloyno assertore, causidico et mandatario Danielo archiepiscopi* (Kl.) *per suum sagonem revestire fecisset*[5]).

In einer aus dem Jahre 836:

> *decrevimus iudicium lege Gotorum et ordinavimus Juliano saione nostro, ut de omnes istas terras et vineas et ecclesiae (-as) Sancte Marie David abbate* (Kl.) *tradere et revestire faciat*[6]).

In einer Gerichtsverhandlung zu Ampurias aus dem Jahre

---

1) Nr. 472. Ménard preuves p. 17 n. 4. Germer-Durand p. 25 n. 26.
2) Nr. 580. Vaissete V c. 267 n. 121.
3) Nr. 130. Forsch. z. d. G. III p. 151. Beyer I p. 32 n. 27. Mühlb. 252.
4) Nr. 381. Pérard p. 150. Th p. 147 n. 103.
5) Nr. 116. Vaissete II c. 47 n. 6 (nicht 5, wie in den Regesten steht).
6) Nr. 287. Vaissete II c. 194 n. 90.

843 handelt es sich um die Wasser- und Landzölle der Grafschaften Ampurias und Pietralata, um die sich der Bischof von Gerona nnd der Graf Adalricus streiten; der beklagte Graf wird verurtheilt;

> *decrevimus iudicium et ordinavimus ipso comite vel suum mandatarium S., ut ipso teloneo et pascuaria pleniter reddidissent atque revestissent ipso episcopo vel suum mandatarium*[1]).

Ferner findet sich ein derartiger Urtheilsbefehl der Regel nach in den bairischen Urkunden.

So z. B. in einem Placitum aus dem Jahre 804, in dem dnrch Inquisitionsbeweis das Eigenthum des Freisinger Bisthums an mehreren Kirchen festgestellt wird, worauf dann der beklagte Abt nnd sein Vogt zur Herausgabe verurtheilt werden;

> *et ita iudicaverunt omnes, qui in eodem placito fuerunt, iustum esse, ut redderentur Attoni episcopo et advocato eius,* worauf dann sofortige Übergabe stattfindet[2]).

Hierher ist auch eine missatische Urkunde von 822 zu rechnen. Auch hier wird das Recht der Freisinger Kirche nachgewiesen. Nachdem der Inquisitionsbeweis geführt worden ist, befiehlt der Königsbote das Urtheil zu fällen. Zuerst spricht es der *publicus iudex* Kisalhardus, dann zehn Grafen, dann 51 Vasallen und andere, endlich aber

> *cuncti, qui ibidem aderant, una voce sonabant: ad legem vel iustitiam Hittonem vel defensorem eius inde vestituram recipere debere.*

Das heisst also, die Beklagten sollen die streitige Kirche zu Unterkirnberg herausgeben[3]).

Ebenso bezieht es sich auf die Heransgabe, wenn es z. B. in einer Urkunde von 823 heisst:

---

[1]) Nr. 318. Marca Hisp. c. 799 n. 96. — Ganz ähnlich sind folgende Urkunden: Nr. 334. Vaissete II c. 287 n. 139, Th p. 118 n. 88 (852); Nr. 359. Vaissete II c. 331 n. 161, LSch p. 44 n. 64, Th p. 128 n. 94 (862); Nr. 383. Vaissete II c. 355 n. 174 (870); Nr. 441. Ménard p. 16 n. 3, Germer-Dnrand p. 17 n. 8, Th p. 167 n. 114 (893); Nr. 458. Germer-Durand p. 19 n. 9 (902).

[2]) Nr 169. Graf Hundt Abhandlungen XII p. 219 n. 13.

[3]) Nr. 238. Meich. I 2 p. 247 n. 470. — Über die Art der Urtheilfindnng vgl. Brnnner Zeugen- nnd Inquisitionsbeweis S. 463, 483, 492, 500; Entstehnng der Schwurgerichte S. 108, 116; RG I S. 150 Anm. 54.

tunc quoque iusserunt missi Adalunam (Bekl.) *iustitiam facere*[1]).

In dem Rechtsstreit, der in der Mitte des zehnten Jahrhunderts zu Zürich zwischen dem Chorherrenstift und dem Nonnenkloster spielt, wird gegen das Kloster das Urtheil gefällt,

quod iusta lege illis debuisset reddi[2]).

Häufig genug ergeht auch in Italien das Urtheil in ähnlicher Weise.

Nachdem die im August 801 im Gebiet von Spoleto vor König Pipin gegen Liutprand erhobene Klage des Klosters Farfa um Besitzungen zu Pompiniano durch Anerkenntniss des Beklagten erledigt worden ist, erklären die Richter:

paruit nobis esse rectum et ita iudicavimus, ut . . . . ipse Liutprandus presbyter de ipsis rebus Scaptulfum advocatum ad partem monasterii revestisset[3]).

Ebenso heisst es in einer unmittelbar gleichzeitigen Urkunde von Farfa:

dum taliter de omnibus nos auditores cognovissemus veritatem, paruit nobis esse rectum et ita iudicavimus, ut . . . ipse Ageris (Bekl.) *parti monasterii de ipsis rebus revestire deberet*[4]).

In einer ravennatischen Urkunde von 838, die einen Rechtsstreit zwischen der Apollinariskirche und dem kaiserlichen Vassus Bruningus betrifft, bleibt der Beklagte beweisfällig; nachdem er Verzicht geleistet hat,

judicavimus, ut de ipsas fundoras — Appolonaris reddere et investire debere[5]).

Zu Como erhebt im März 865 vor dem Königsboten Everardus das mailänder Ambrosiuskloster wider drei Brüder um Besitzungen zu Dugno und Gravadono Klage. Beklagte sind nicht im Stande ihre Einrede des dreissigjährigen Besitzes zu beweisen; daher werden sie verurtheilt,

---

[1]) Nr. 243. Meich. I 2 p. 248 n. 472.

[2]) Nr. 532. UB der Stadt u. Landschaft Zürich I p. 91 n. 199.

[3]) Reg. di Farfa II p. 134 n. 161. Galletti Gabio p. 60. Ficker p. 5 n. 4.

[4]) Reg. di Farfa II p. 137 n. 165. Galletti Rieti p. 32. Ficker p. 6 n. 5.

[5]) Fantuzzi II p. 5 n. 2. Vesi doc. I p. 86.

ut revestisset suprascriptis germanis de ipsis casis et rebus Jordanne advocato; d. h. die drei Brüder sollen dem Klostervogt Revestitur ertheilen [1]).

Nun findet sich aber daneben in zahlreichen Urkunden, dass der Inhalt des Urtheils sich nicht oder nicht nur auf die Herausgabe des streitigen Grundstücks bezieht, sondern dass durch eine Bestätigung des Rechts der obsiegenden Partei von Gerichtswegen der verletzte Zustand wiederhergestellt wird.

Es ist gebräuchlich dem auf Herausgabe gerichteten Urtheilsbefehl eine solche Bestätigung für die Gegenpartei folgen zu lassen.

Als Beispiel sei ein Placitum König Childeberts III. von 710 angeführt. Durch Inquisitionsbeweis wird die Wahrheit der klägerischen Behauptung erkannt und der Majordomus Grimoald zur Herausgabe der Zölle von Paris an das Kloster St. Denis verurtheilt:

> *notri fidelis visi fuerunt decrevissi vel iudecasse, ut agentes ipsius viro Grimoaldo pro partem fisce nostri eusdem exinde per wadio de ipso teleneu in integritate revestire debirent.*

Dann, nachdem dies geschehen, fügt der König die Rechtsbestätigung zu Gunsten des Klosters hinzu:

> *iobimmus, ut omne tempore pars predicte monastiriae s. Dionisii . . . et Dalfinus abba vel successoris sui ipso teleneu in integretati de ipsa festivetate s. Dionisii . . . omne tempore . . . habiant evindecatum adque elidiatum* [2]).

Es ist dies die in den merovingischen und den älteren karolingischen Königsplacitis allgemein übliche Bestätigungsformel [3]); wir sehen deutlich, wie sie am Ende des Rechtsstreits nach stattgehabtem Beweisverfahren und vor allem nach erfolgter Befriedigung des Klägers, nach Vornahme der Investitur, ausgesprochen wird, also einen lediglich deklaratorischen Charakter hat.

---

[1]) Cod. Lang. c. 395 n. 236. Muratori Ant. V p. 275. Fumagalli p. 383.

[2]) Nr. 54. DDM p. 68 n. 77.

[3]) Fernere Beispiele: Nr. 61. DDM p. 103 n. 16 (747); Nr. 75. DDM p. 107 n. 22 (751); Nr. 94. Grandidier Strasbourg II p. 118 n. 69, Mühlb. 196 (775).

Auch in Formeln der älteren Zeit findet sie sich in derselben Weise, so dass wir annehmen können, dass auch Privaturkunden in dieser Weise abgefasst wurden, obwohl mir keine Beispiele vorliegen.

Ich führe nur eine salfränkische Formel an, die dem schlettstädter Placitum Karls des Grossen von 775 entspricht: der Beklagte ist im Gottesurtheil der Kreuzprobe unterlegen; darauf wird er verurtheilt Busse zu zahlen und die Revestitur vorzunehmen. Nachdem dies geschehen,

> *tunc taliter ei* (dem Kläger) *iudicaverunt, ut ipsi illi de praesente die ipsa terra contra ipso illo vel heredis suis quam contra quemlibet hominem omneque tempore habeat evindicata adque elidiata, tam ipsi illi quam et posteritas sua de post hunc die praedicta terra quieto ordine valead possidere vel dominare, et ducti et securi exinde valeant resedere* [1]).

Mit der Zeit aber verwischte sich die scharfe Trennung zwischen Urtheil auf Leistung des Unterlegenen und Bestätigung zu Gunsten des Siegers; man zog beides in die Urtheilsformel zusammen, ja es kam auf, sich mit einer gerichtlichen Bestätigung des nachgewiesenen Rechtes überhaupt zu begnügen.

Das scheint schon in dem zu Brocmagad 770 abgehaltenen Placitum König Karlmanns der zu Fall zu sein. Der Pfalzgraf Hroduinus klagt wider den Fiskus um den ihm und seinen *gamaldiones* verliehenen, von den königlichen Beamten ihm bestrittenen Wald Benutzfeld in der Centena Belslingen in den Ardennen nebst einer Were im Gewässer des Waldbanns. Es ist eine Klage um *malo ordine invasio.* Er beweist sein Recht durch Königsurkunden und Zeugen. Darauf heisst es vom König:

> *iusticiam ei reddimus de loco qui dicitur Benezvelt . . . . . ; iubemus, ut ab hac die ipsa silva . . . . habere debeant evindicata atque eligidicata tam nostris quam et futuris temporibus, ut nullus iudex publicus de partibus nostris ullo umquam tempore abstrahere vel minuere neque contradicere non debeat de ipsa silva* [2]).

---

[1]) Nr. 89. Form. sal. Bign. n. 13 MGF p. 233. — Im übrigen sei für die Formel auf das Register Zeumers s. v. *elitigatus* verwiesen.

[2]) Nr. 82. Beyer I p. 26 n. 22. Mühlb. 123.

Also von einem Befehl auf Herausgabe ist nichts erwähnt; wenngleich freilich im vorliegenden Fall das auch darin seinen Grund haben könnte, dass der König diesen Befehl gewissermaassen an sich selbst als Vertreter des Fiskus richten müsste.

Man vergleiche ferner folgende bairische Urkunde. Im Jahre 802 erhebt zu Regensburg im Gericht des Königsboten die Nonne Engilfrida im Beistand ihres Bruders wider den Vogt des Bischofs von Freising Klage um ihr väterliches Erbgut in Lindum, das der Bischof unrechtmässig in Besitz genommen habe. Durch Inquisition wird das Eigenthum des Bisthums erwiesen;

> *et statim diffinitum est in ipso placito, et habeat ipsas res episcopus ad suam ecclesiam omnibus diebus evindicatas* [1]).

Es ist klar, dass in einem solchen Fall von einer Herausgabe keine Rede sein kann, denn der im Besitz befindliche Beklagte ist der Sieger; sein Besitz wird also rechtmässig anerkannt und bestätigt. Derartige zu Gunsten des Beklagten ergehende Urtheile sind durch eine Reihe weiterer Beispiele zu belegen, die aber weiter nichts besonderes bieten.

Wenn es dagegen in einer allerdings sehr kurzen Urkunde aus der Bretagne von 833 heisst, Kläger habe geklagt

> *propter suam hereditatem de Brufia, et iudicaverunt scavini . . . . , quod illa debeat habere hereditatem in Brufia,*

so fehlt hier ein an das beklagte Kloster gerichteter Befehl auf Herausgabe, obwohl doch gewiss die Klage auf sie gerichtet war [2]).

Und das finden wir dann häufiger in Italien.

Als Beispiel diene eine farfenser Urkunde von 749. Das Kloster Farfa klagt vor dem Königsboten zu Rieti wider Rudolfus und Adualdus um Gehöfte im Wald des heiligen Hyacinthus. Beklagte hatten sich verpflichtet ihre Einrede zu beweisen. Sie erklären jetzt dazu nicht im Stande zu sein. Daher heisst es vom Königsboten:

---

[1]) Nr. 165. Meich. I 2 p. 90 n. 118.

[2]) Nr. 273. Cart. de Redon p. 354 app. n. 3.

renuntiavimus Audolfo et Adualdo, ut ab ipsis casalibus sint taciti et quieti, et ipsos casales pertinere monasterio [1]).

Hier ist der Unterschied gegen den auf Redditio gerichteten Urtheilsbefehl klar.

Ebenso z. B. in einer Gerichtsurkunde von 887, die einen zu Asti verhandelten Prozess betrifft. Der Vogt des Bischofs von Asti klagt gegen den Bischof von Turin um Höfe, Grundstücke und Weinberge bei Savona, die in dreissigjährigem Besitz seiner Kirche gestanden hätten. Die vom Beklagten vorgelegte Urkunde wird vom Kläger gescholten und wegen formeller Mängel (sie ist nicht von einem öffentlichen Notar geschrieben) verworfen.

Der Beklagte leistet Professio;

> *tunc apparuit nobis . . . esse recta ita et iudicavimus ipsis casis et res seu olivetis habere et detinere debeant pars ecclesiae S. Mariae et S. Secundi . . . . . et in nostris presentia ipse Lancius episcopus* (d. h. den Bekl.) *eunde Gransone* (dem klagenden Vogt) . . . *investire fecimus ad proprietatem S. Marie.*

Also das Urtheil selbst enthält nur eine Bestätigung zu Gunsten des Klägers; dann erst folgt der Akt der Investitur [2]). Wir sehen, das Urtheil ergeht in diesem Fall nachdem der Beklagte durch Professio anerkannt hat kein Recht zu haben.

Und in den zahlreichen Fällen, in denen der Rechtsstreit einen solchen Verzicht der einen Partei hervorrief, war es vor allem üblich ein derartiges bestätigendes Urtheil auf die Verzichtleistung und Anerkennung folgen zu lassen.

Ein solcher Verzicht, meist technisch Manifestatio, Professio, genannt, konnte in jedem Stadium des Rechtsganges erfolgen.

Wir haben oben im zweiten Kapitel die Fälle betrachtet, in denen dies seitens des Beklagten unmittelbar nach der Klageerhebung geschah, in denen also von einem weiteren Rechtsgange keine Rede war.

Häufiger aber lag zu einem solchen Verzicht Veranlassung

---

[1]) Reg. di Farfa II p. 35 n. 22. Troya IV p. 339 n. 623. Galletti Gabio p. 86 n. 6. Fatteschi p. 262 n. 7.

[2]) Chart. I c. 74 n. 45.

vor, wenn das Beweisverfahren bereits begonnen oder seinen Abschluss gefunden hatte, und dabei das unzweifelhafte Recht des Gegners zu Tage getreten war.

Die Urkunden bieten zahlreiche Beispiele derartiger Fälle; nur einige wenige mögen erwähnt werden.

Ein Anerkenntniss des Beklagten nach begonnenem Beweisverfahren liegt z. B. vor, wenn in einer cluniacenser Urkunde von 814 [1]) der Kläger sich in rechtsförmlicher Weise zum Beweis seines Rechts erbietet, darauf seine Urkunde dreimal verlesen lässt, und nun die Beklagten auf Anfrage des Gerichts erklären, die Urkunde des Klägers sei wahr.

Oder wenn es in einer Urkunde von 876 [2]) heisst, der Beklagte habe zuerst leugnen wollen, dann aber habe er, von den Klägern und anderen *boni homines* überzeugt, den klägerischen Anspruch anerkannt.

Allerdings erst etwas spät entschliesst sich zu dem gleichen *(concredidit se)* Anselmus im Jahre 902, nämlich erst nachdem die von ihm vorgelegten Urkunden als gefälscht erkannt worden sind [3]).

In einem anderen Fall genügt noch nicht einmal der Schwur des Klägers; erst als er sich auch zum Zweikampf erbietet, verzichtet der Beklagte [4]).

Auch die endliche Erklärung des Beklagten keine Beweise mehr zu haben, darf in vielen Fällen als indirekte Anerkennung des gegnerischen Rechts aufgefasst werden.

In Italien ist es besonders häufig, dass der Beklagte mit seiner Erklärung bis zu dem Augenblick wartet, in dem der Kläger seinen Eid zu leisten im Begriffe steht; dann — oft sind schon die Evangelien zur Stelle geschafft — erklärt der Beklagte, er schenke den Eid *(donare sacramentum)*, wofür er nach bekanntem Grundsatz des langobardischen Rechtes, das nur entgeltliche Geschäfte für rechtlich wirksam ansieht, vom Kläger eine Entschädigung in Form des Launegilds erhält.

Der Umschwung, der in der Seele des Beklagten eintritt und ihn zur Aufgabe des Kampfes veranlasst, kann unter Um-

---

[1]) Nr. 202. Chart. de Cluny I p. 6 n. 3.
[2]) Nr. 405. Pérard p. 152.
[3]) Nr. 458. Germer-Durand p. 19 n. 9.
[4]) Nr. 535. Chart. de Cluny II p. 75 n. 979.

ständen so heftig sein, dass er, wie ein gewisser Auripertus, der zu Lucca im Jahre 865 von der Cassianuskirche um Grundstücke in Basilica verklagt worden war[1], nach trotziger Betonung des eigenen Rechtes dem Vorsitzenden zu Füssen fällt und sein Unrecht eingesteht. Oder er hat sich auf Urkunden berufen, sie auch im Beweistermin vorgelegt; nun aber zerreisst er sie, übergiebt sie dem Kläger und erkennt dessen Recht an[2].

Geschah nun der Verzicht in der Art, dass der Beklagte gleich von selbst die Rückgabe in symbolischer Form vollzog oder die reale Revestitur an Ort und Stelle in bindender Weise gelobte, so konnte ein Eingreifen des Gerichts vollständig entbehrt werden. So finden wir denn in zahlreichen Urkunden, z. B. in den vielen fast wörtlich übereinstimmenden Werpitiones der Urkundensammlung von Cluny, mit dem Verzicht des Beklagten die Sache endgültig erledigt.

Ganz besonders häufig ist das, wie oben schon einmal hervorgehoben worden ist, in Italien gewesen. Wie Ficker nachgewiesen hat[3], galt nach den späteren Urkunden die Professio oder Manifestatio geradezu als Ziel des Beweisverfahrens, das Geständniss, in dem der Besiegte das Recht des Siegers anerkannte und sich zu ewigem Stillschweigen und zur Zahlung einer Strafsumme für den Fall neuer Anfechtung verpflichtete. Mit diesem Geständniss fand, wenigstens in früherer Zeit, das Streitverhältniss seinen Abschluss, so dass ein Eingreifen des Gerichts gar nicht mehr nöthig war. Ficker führt Beispiele an, aus denen hervorgeht, dass häufig eine solche Austragung ohne Urtheil üblich war. Später allerdings bildete sich die feste Regel heraus, dass der Rechtsstreit einerseits zwar stets mit einem Urtheil abschloss, andererseits aber stets ein Geständniss voranging. Besonderheiten galten im Verfahren der Romagna.

Aber es kam doch auch von jeher vor, dass das Gericht noch seinerseits nach dem Verzicht ausdrücklich eine Bestätigung des klägerischen Rechts aussprach.

---

[1]) M. di Lucca V 2 p. 466 n. 774. Muratori Ant. I c. 495.

[2]) Gattula Acc. I p. 69 (966).

[3]) Ficker Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens I S. 23—27, 53 ff. Es erscheint überflüssig die von Ficker gefundenen Ergebnisse im Text durch weitere Beispiele zu veranschaulichen.

Beschränkte sich der Beklagte daranf im allgemeinen seinen Widerspruch fallen zu lassen ohne sofort die wirkliche Rückgabe daran anzuschliessen, so war ein Spruch des Gerichts wenn anch nicht erforderlich, so doch angebracht. In diesen Fällen finden wir dann häufig, dass das Gericht sein Urtheil „gemäss der vom Beklagten geleisteten Professio und Manifestatio“ fällt, sei es, dass es ihm noch ausdrücklich die Befriedigung des Klägers auferlegt, sei es, dass es eine Bestätigung nnd Bekräftigung klägerischer Rechte ausspricht.

Aber nicht nnr der Beklagte leistet unter Umständen Verzicht aus freien Stücken, auch auf Seiten des Klägers finden wir das Gleiche.

In der merkwürdigen, schon mehrfach herangezogenen bretonischen Urknnde über eine in den Jahren 828—840 zu Brufia geführte Gerichtsverhandlung [1]) heisst es ausdrücklich, die Kläger hätten nach den Gegenausführungen ihres beklagten Bruders es bereut, gegen ihn Klage erhoben zu haben:

habuerunt penitentiam eo quod accusassent fratrem suum; sie verzichten auf ihren Anspruch.

In einem Prozess zwischen dem Abt von Cluny und dem Vogt der Peterskirche um Besitznngen im Gau von Lyon verzichtet der klagende Abt, nachdem der Beklagte einen Kämpen gestellt hat, der den dreissigjährigen Besitz der Kirche im Zweikampf zn vertheidigen bereit ist [2]).

Als der Bischof von Mâcon sein Recht an der seiner Kirche geschenkten *colonia* durch Zeugniss verschiedener Leute nachgewiesen hat, lässt der Kläger jeden Ansprnch fallen *(werpivit cunctam querelam, quod reclamabat)* [3]).

Sehr hänfig sind derartige Fälle anch in Italien; die Professio des Klägers erfolgt, wenn das Recht des Beklagten dnrch Urkunden oder wenn es durch Zeugen nachgewiesen ist; auch hier ist es dann üblich, dass auf den Eid des Gegners gegen Launegild verzichtet wird.

Wollte das Gericht in diesen Fällen klägerischen Verzichts noch seinerseits eingreifen, so konnte es sich, weil ohne

---

[1]) Nr. 312. Cartulaire de Redon p. 148 n. 192. Th p. 115 n. 85.
[2]) Nr. 495. Chart. de Cluny I p. 242 n. 251. Th p. 183 n. 125 (925).
[3]) Nr. 598. Cartulaire de Mâcon p. 236 n. 409 (971—986).

Ausnahme der Beklagte im Besitz befindlich und daher eine Änderung der augenblicklich bestehenden Besitzverhältnisse nicht erforderlich war, darauf beschränken in bestätigender Form das Recht des Beklagten zum offenkundigen Ausdruck zu bringen. Freilich war das auch hier nicht nöthig, und so schliesst auch hier häufig der Prozess mit der Verzichtserklärung der Partei ab.

Dass zuweilen das Anerkenntniss der einen Partei durch eine materielle Gegenleistung (also abgesehen von den Fällen des Launegild) ausgeglichen wurde, die zwischen den Parteien erfolgende Einigung also den Charakter des Vergleichs annahm, ist ein Umstand, der das Wesen des Prozesses nicht näher berührt.

Auf diese Weise geschieht es, dass, zumal in Italien, wo wie bemerkt schliesslich stets eine Professio erfolgte, die Urtheile sich damit begnügen auf das Anerkenntniss des Unterlegenen Bezug zu nehmen und sich so auf eine ganz allgemeine Formel, die in jedem Fall angewendet werden kann, zu beschränken.

In älterer Zeit war es, um das zum Schluss zu bemerken, nicht ausgeschlossen gewesen, dass auch nach erklärtem Verzicht das Urtheil, wie in den übrigen Fällen, auf Herausgabe ging.

So heisst es z. B. in einer schon öfter besprochenen salfränkischen Formel, in der der Beklagte seinen Gewährsmann nicht stellen kann und desshalb *professus apparuit*, es sei geurtheilt worden,

> *ut secundum legem per wadium suum apud solidos 30 predicto illo de ipso campo legibus revestisset*[1]).

Nach einer septimanischen Urkunde von 909 verhält es sich ähnlich. Der Beklagte erkennt durch Recognitio das Recht des klagenden Bischofs an;

> *se recognovit, quod vere dicebat domnus episcopus: ego Airardus ipsum alodem supradictum malum ordinem teneo, incontra lege.*

Darauf ergeht das Urtheil,

---

[1]) Nr. 73. Form. sal. Merk. n. 29 MGF p. 252.

quod donasset duos wadios in manu episcopi Ugberto et cum legibus ipsum alodem suprascriptum remandasset[1]).

Es versteht sich, dass in all den Fällen, in denen ein bestätigendes deklaratorisches Urtheil ergeht, dies den Charakter eines Endurtheils hat. Aber auch die Urtheile auf Leistung, auf Herausgabe des Grundstückes nehmen doch schon früh diesen Charakter an, obwohl bereits oben bemerkt worden ist, dass nur dann, wenn ein Verzicht vorlag, ein Endurtheil im eigentlichen Sinn, sonst überall ein zweizüngiger, ein Beweis- und Endurtheil in sich vereinigender Entscheid erfolgte. Derartige zweizüngige Urtheile, in denen das Beweisthema formuliert und bestimmt wird, was zu geschehen habe, je nachdem dieser Beweis erfolgt oder nicht, treffen wir besonders in den Formelsammlungen.

Mehrere Beispiele bietet die Sammlung von Angers. So ergeht auf eine Klage wegen unberechtigten Ziehens eines Grabens das Urtheil,

> *ut illi* (Bekl.) *in noctis tantas apud homines tantus, vicinis circa manentis de ipsa condita, mano sua quarta in basileca . . . . excusare deberit, quod terra sua male ordine numquam fodasset. Si hoc facere potebat, quietus et securus resediat; sin autem non potuerit, contra ipso hominum satisfacere debiat*[2]).

Ganz ähnlich heisst es, als ein Beklagter bestreitet, dass die eingeklagten Weinberge ihm als *colonia partiaria* verliehen seien, er solle das mit Eidhelfern beschwören; könne er das nicht, so solle er sie herausgeben[3]).

Ebenso um Weinberge handelt es sich in einer anderen Formel, in der dem Beklagten auferlegt wird seinen Gewährsmann zu stellen; könne er das nicht, so müsse er sie mit der schuldigen Busse revestieren. Im zweiten Termin bleibt er aus[4]).

In einer späteren Formel, in der sich der Beklagte auf Erbrecht beruft, wird ihm durch ein ebensolches Urtheil

---

[1]) Nr. 472. Ménard p. 17 n. 4. Germer-Durand p. 26 n. 16.

[2]) Nr. 12. Form. Andec. n. 28 MGF p. 13.

[3]) Nr. 14. Form. Andec. n. 30 MGF p. 14.

[4]) Nr. 20, 22. Form. Andec. n. 47, 53 MGF p. 21, 23.

auferlegt mit zwölf Eidhelfern in der Kirche die Einredethatsache zu beschwören[1]).

Eine weitere Formel berichtet darüber, dass der Beklagte in Erfüllung des gefällten zweizüngigen Urtheils mit Eidhelfern beschwört den Streitgegenstand (ein Grundstück) dreissig Jahre lang besessen zu haben[2]).

Ähnlich ist die Lage in einer Formel aus der Sammlung von Tours; auch hier handelt es sich um die Einrede dreissigjährigen Besitzes, deren Beweis dem Beklagten durch zweizüngiges Beweisurtheil auferlegt wird. Er leistet den Eid; und es genügt, dass darüber eine Notitia ausgestellt wird; d. h. die blosse Konstatierung der Erfüllung des Beweisurtheils beendet den Streit, weil durch jenes Urtheil indirekt die Sache bereits entschieden worden ist[3]).

Urkundliche Beispiele sind sehr spärlich.

Möglicherweise kann man die älteste erhaltene fränkische Gerichtsurkunde, das Placitum König Sigiberts III. von 648 hierherziehen, in dem dem Beklagten auferlegt wird die von ihm erwähnten Kaufurkunden in einem neuen Termin vorzulegen. Allerdings scheint, als er in diesem Termin ausbleibt, noch ein Urtheil zu ergehen, das aber möglicherweise nur ein deklaratorischer Bestätigungsbefehl für den Kläger ist. Aber es kann auch ein Urtheil auf Herausgabe mit Busse sein, und dann wäre jenes erste Urtheil reines Beweisurtheil[4]).

Zweizüngiges Beweisurtheil dagegen liegt deutlich in einem Placitum Chlodowechs III. von 691 vor. Es wird dem Beklagten auferlegt die Kaufurkunde binnen vierzig Nächten beizubringen;

> *se hoc facere potuerit, eorum inter se in antea legalis deducant racionis; sin autem non potuerit, quod lex de tali causa edocit, exinde susteniat*[5]).

Aus einer derartigen, öfters wiederkehrenden Bestimmung,

---

[1]) Nr. 71. Form. sal. Merk. n. 27 MGF p. 251. In n. 28, einem Statusprozess, liegt die Sache ganz ebenso.

[2]) Nr. 100. Cart. Sen. n. 21 MGF p. 194.

[3]) Nr. 148. Form. Turon. n. 39, 40 MGF p. 156, 157.

[4]) Nr. 23. Neues Archiv XIII p. 157. Die Fassung ist offenbar verdorben.

[5]) Nr. 35. DDM p. 53 u. 59.

im Falle des Misslingens des Beweises solle geschehen, was das Recht vorschreibe, geht auf das deutlichste hervor, wie sehr das zweizüngige Urtheil von einer materiellen Rechtsprüfung und -entscheidung entfernt war, wie es dem Recht nur die Wege bahnen musste, damit es sich durch die Parteithätigkeit selbst offenbare.

Den Charakter der Zweizüngigkeit wird man wohl auch den Urtheilen zuschreiben dürfen, durch die in den beiden schon oft besprochenen Gerichtsurkunden Karls des Grossen aus dem Jahre 775 auf das Gottesurtheil der Kreuzprobe erkannt wird. Denn wie aus der schlettstädter Urkunde hervorgeht, vollzieht nach dem Gottesurtheil die unterlegene Partei ohne Weiteres die Revestitur als nothwendige Folge des Beweisergebnisses; der dann folgende Bestätigungsbefehl erkennt lediglich die vollzogene Thatsache an. Auch in der dürener Urkunde wird es wohl nicht anders gemeint sein, wenngleich ihre Fassung diesen Sachverhalt nicht deutlich erkennen lässt [1]).

Vielleicht handelt es sich in einer früher erörterten bairischen Urkunde um ein zweizüngiges Beweisurtheil; wenigstens könnten die auf die Erwähnung, dass der auferlegte Eid geleistet worden sei, unmittelbar folgenden Worte:

et finitum inter illos est

darauf schliessen lassen [2]).

Sicher ist der Hergang in einer burgundischen Urkunde von 816. Dem Kläger, der Zeugen anbietet, wird auferlegt,

ut tale testimonia aremissat [3]) *in proximo mallo post quadraginta noctes . . . . , qui hoc adprobavit, sicut suus iudicius loquitur, aut faciat quidem lex est* [4]).

Dieser Beweis wird dann nach zwei Jahren und vier Monaten (ein auffallend langer Zwischenraum!) erbracht; von einem weiteren Urtheil ist keine Rede [5]).

Endlich lässt sich vielleicht auch eine Urkunde aus der

---

[1]) Nr. 93. 94. Mühlb. 187. 196.

[2]) Nr. 138. Mon. Boica XXVIII, 1 p. 23 n. 25.

[3]) So ist nach Brunner Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 378 Anm. 4 statt *remissae* zu lesen.

[4]) Nr. 215. Pérard p. 35 n. 18.

[5]) Nr. 217. Pérard p. 36 n. 19.

Bretagne hier anführen. Dem Beklagten wird durch Urtheil auferlegt sein Recht zu beschwören, und damit ist die Sache erledigt [1]).

Sonst kommen, so viel ich weiss, keine Beispiele vor. Wohl aber finden sich andererseits bereits verhältnissmässig früh Fälle, in denen zunächst ein reines Beweisurtheil ergeht und dann, je nach dem Ausfall des Beweises, durch Endurtheil entschieden wird.

So liegt es z. B. in einer Formel, in der auf das Gottesurtheil der Kreuzprobe erkannt wird; nachdem hierbei der Kläger gesiegt hat, wird der Beklagte zu Busszahlung und Revestitur verurtheilt [2]).

Ebenso ergeht in einer anderen fränkischen [3]) und in einer bairischen Formel [4]) zunächst ein Beweisurtheil und dann nach dem Beweisverfahren das Endurtheil.

Ein reines Beweisurtheil findet sich offenbar auch in dem Placitum Theodorichs III. von 679: der Beklagte leistet in Erfüllung des vorangegangenen Beweisurtheils den Eid, und nun ergeht das Endurtheil zu seinen Gunsten [5]); sowie endlich in einer burgundischen Urkunde von 816 im Gegensatz zu der oben erwähnten aus dem gleichen Jahre sicherlich ein reines einseitiges Beweisurtheil, kein zweiseitiges gemischtes anzunehmen ist [6]).

Schon oben wurde auf die Bemerkung Brunners hingewiesen, dass das langobardische Recht wahrscheinlich keine zweizüngigen Urtheile gekannt hat; ich habe auch in den Urkunden bis jetzt kein Beispiel finden können. Und auch in den übrigen Rechtsgebieten sind die zweizüngigen Urtheile, wie man aus dem spärlichen Material schliessen darf, im Laufe der Zeit mehr und mehr zurückgetreten.

---

[1]) Nr. 365. Cart. de Redon p. 37 n. 46 (854 oder 865).
[2]) Nr. 89. Form. sal. Bign. n. 13 MGF p. 232.
[3]) Nr. 154. Form. sal. Lind. n. 21 MGF p. 282.
[4]) Nr. 309. Form. cod. S. Emerami fragm. I n. 3 MGF p. 463.
[5]) Nr. 34. DDM p. 45 n. 49.
[6]) Nr. 213. Pérard p. 14. LSch p. 31 n. 48.

II. Die Urtheilserfüllung.

Ist das Urtheil gesprochen, so gilt es den Verurtheilten zu seiner Erfüllung zu zwingen. Das Urtheil als solches war ursprünglich nicht exequierbar, falls es nicht auf Acht ging; Fälle, mit denen wir hier nichts zu thun haben. Exequierbar war, wie oben im Anschluss an die Ausführungen Brunners bemerkt wurde, nur das, zu dessen Leistnng sich die Parteien selbst durch Gelöbniss verpflichtet hatten. Darum lautete, wie wir sahen, das Urtheil ursprünglich dahin, die Partei solle geloben das Schuldige zu thun. Das heisst, je nachdem das Urtheil beschaffen war, geloben zu beweisen, geloben zu leisten, oder beim zweizüngigen Beweisurtheil geloben entweder zu beweisen oder zu leisten.

Aber auch als ein direkt auf Beweis oder Leistung gerichtetes Urtheil möglich wurde, kam darum die Sitte nicht ab, dass sich die Parteien ausdrücklich zur Erfüllung des Urtheils verpflichteten.

Sie schlossen einen Urtheilserfüllungsvertrag ab, sei es auf Grund des Urtheils, sei es freiwillig.

Bald bezieht sich dieser Urtheilserfüllungsvertrag darauf den Beweis zu erbringen, wenn nämlich das Urtheil Beweisurtheil ist; bald darauf den Gegenstand herauszugeben, die Busse zu zahlen, wenn nämlich das Urtheil Endurtheil ist. Ergeht ein zweizüngiges Urtheil, so pflegt sich die Partei in rechtsförmlicher Weise zu verpflichten entweder zu beweisen oder zu leisten.

Von den Urtheilserfüllungsverträgen und den einseitigen Verpflichtungen, die sich auf die Beweiserbringung beziehen, können wir hier absehen. Zumal in Italien gelangen sie in ganz regelmässiger Form zur Verwendung; die eine Partei gelobt mit Wadia und Bürgen den Beweis zu führen, zu schwören, Urkunden, Zeugen zu stellen, die andere in ebenso bindender Form den Beweis entgegenzunehmen. Häufig kommt es dann vor, dass die eine Partei der anderen die Vertragserfüllung ganz oder theilweise erlässt, wenn sie nämlich schon vorher, ehe der Beweis angetreten ist, davon überzeugt ist, dass er gelingen wird.

Was das Gelöbniss der Urtheilserfüllung, so weit Endur-

theile in Frage kommen, betrifft, so haben wir schon oben eine Reihe von Beispielen kennen gelernt, in denen der Verurtheilte durch Gelöbniss und Bürgenstellung sich verpflichtet die Herausgabe des Grundstücks, die Investitur, vorzunehmen. Um noch einmal darauf hinzuweisen, so gehören hierher Fälle, wie das Placitum des Majordomns Karlmann, in dem von der *redditio per wadiam et festucam* die Rede ist[1]; wie eine cluniacenser Urkunde von 814, in der es vom Beklagten heisst:

> *per iudicium res . . per suos vadios rendedit, qualiter lex est, et dedit fideiussore suo, nomen T., ut super ipsas res venia[t] et ei* (dem Kl.) *legitima vistidura faciat*[2];

wie eine Urkunde aus der Bretagne von 868, in der der Beklagte verspricht,

> *ut redderet monachiam, quod et fecit, quia victus lege et cartis et testibus mutare non poterat . . . , in manu* des Kl. *cum sua virga corilina*[3];

wie eine bairische Urknnde aus dem Jahre 804, in der die Beklagten

> *spoponderunt omnia se reddituros . . . et per wadium illorum utrique manibus suis, quasi coacti, in manu episcopi dederunt*[4];

wie eine züricher Urkunde von 968, in der der vorsitzende Graf wie es heisst *cum manu* der beklagten Frau Coldbriga das Gut zu Fällanden zurückgiebt

> *et wadiavit iniquitatem*

und Leute stellt zur Vornahme der Investitur[5].

Insbesondere ist es die symbolische Besitzräumung, das *se exitum dicere*, das unmittelbar nach dem Urtheil in Verbindung mit dem Gelöbniss der Urtheilserfüllung vorgenommen zu werden pflegt.

Diese Auflassungshandlung, das *se exitum dicere*, findet sich z. B. in dem Placitum des Majordomus Karlmann von 748[6]; in

---

[1]) Nr. 61. DDM p. 103 n. 16.
[2]) Nr. 202. Chart. de Cluny I p. 6 n. 3.
[3]) Nr. 374. Cartulaire de Redon p. 18 n. 21.
[4]) Nr. 170. Meich. I 2 p. 92 n. 121. Mon. Boica VI p. 151 n. 1.
[5]) Nr. 573. UB von Zürich I p. 102 n. 212.
[6]) Nr. 62. DDM p. 104 n. 18. Mühlb. 55.

denen des Majordomus Pipin von 750[1]) und 751[2]) (*pro suo fistugo se exitum dicere*); in dem uns bekannten schlettstädter Placitum Karls des Grossen von 775[3]).

Ferner sei an die schon häufig besprochene burgundische Urkunde von 870 erinnert, in der es von den Beklagten heisst:

> *cum festuca se in omnibus exutos dixerunt et per wadium . . . reddiderunt*[4]).

So ergab sich also, dass noch ein letzter Akt, die Ausführung des Gelöbnisses, insbesondere die körperliche Besitzübergabe, zu folgen hatte.

Wir finden denn auch nicht selten in den Urkunden diesen letzten Akt noch ausdrücklich bezeugt, obwohl er an sich nicht mehr zu dem gerichtlichen Verfahren gehörte.

Es kann auch hier wieder auf eine burgundische Urkunde aus dem Jahre 870 hingewiesen werden; sie betrifft den Schlusstermin in dem Prozess zwischen Alcaudus und Hildebernus um den Eichenwald; der Beklagte wird zur Herausgabe verurtheilt, und über deren Vornahme berichtet die Urkunde also:

> *denique idem Hildebernus super ipsam terram venit in fine Renualdense et a publica via quae vadit de Cernana ad Revualdicum villam usque ad vallem iuxta illam ubi Rivulus decurrit et desursum usque ad silvam, quantum ipsa finis continet, supradicto Alcaudo advocato per herbam et cespitem ad partem s. Benigni reddidit, revestitum fecit his praesentibus*[5]).

Ferner nenne ich eine septimanische Urkunde von 871, in der der Beklagte Adenus die Unrechtmässigkeit seines Besitzes einräumt und dem klagenden Abt von Beaulieu Bürgen für die Vornahme der realen Revestitur stellt. Diese wird dann in einem neuen Termin vorgenommen:

> *et ad ipsum placitum utrique venerunt, et sicut fuit iudicatum, per signum de ipsa ecclesia revestivit*;

---

[1]) Nr. 63. DDM p. 106 n. 21. Mühlb. 56.
[2]) Nr. 75. DDM p. 107 n. 22. Mühlb. 57.
[3]) Nr. 94. Mühlb. 196.
[4]) Nr. 381. Pérard p. 150. Th p. 147 n. 103.
[5]) Nr. 379. Pérard p. 149. Th p. 142 n. 100ter.

das wird dann noch durch eine Notitia ausdrücklich festgestellt [1]).

Besonders bairische Urkunden erwähnen häufig die Vornahme der realen Investitur.

In einer Urkunde aus dem Jahre 798 ist ein eigener Anhang hinzugefügt, in der von ihr die Rede ist. Es heisst da:

> *hoc actum est ad Enisa in iam dicto loco Roracha* (Lorch bei Enns). *Tunc enim inde redierunt ad propria et perfecerunt omnia, sicut legitime debuerunt, eo modo, ut die condicto convenerunt omnes ad ipsam ecclesiam* (den Streitgegenstand) *ipsique Egilolf et Hiltiport* (die Bekl.) *ad prehensium pallium altaris et reddiderunt duas partes rebus ipsius ecclesiae cum altare ad tertiam partem ipsius ecclesiae Ejonem* (den Kl.) *ad presbyterum receperunt. Hoc peractum testes adhibuerunt . . . .* [2]).

Wie hier die Vestitur unter Ergreifnng der Altardecke geschieht, so in einem anderen Fall durch die Übergabe des Glockenseils: zunächst erfolgte, wie früher erwähnt ist, die Übergabe im Gericht in die Hand des Bischofs unter Bürgenstellung;

> *die vero eadem legitimum missum episcopi vestivit* (der Bekl.) *cum corda, unde signum tangitur, cum domibus, aedificiis, curtiferis, mancipiis, pecoribus, et se ipsum in evum absacitum fecit.*

Es ist dies eine für die Investiturhandlung berühmte Stelle [3]).

Um einen ähnlichen Fall handelt es sich in einer Urkunde von 849. Am 9. Januar findet zu Tandern eine Gerichtsverhandlung statt. Der Beklagte wird durch Zeugen- und Urkundenbeweis genöthigt anzuerkennen, dass er die streitigen Besitzungen der freisinger Kirche geschenkt habe; *relaxavit in manus episcopi* und stellt zwei Bürgen. Darauf heisst es:

> *tunc querebat vestituram ab eo.*

Das heisst, der Beklagte verlangt im körperlichen Besitz zu bleiben. Am anderen Tage aber giebt er diesen Anspruch auf:

---

[1]) Nr. 388. Vaissete II c. 362 n. 178. Cart. de Beaulieu p. 55 n. 27. LSch p. 49 n. 67.

[2]) Nr. 740. Meich. I 2 p. 96 n. 129.

[3]) Nr. 219. Meich. I 2 p. 194 n. 368. LSch p. 32 n. 50 (818).

ille vero confessus est altera die eum (den Kl.) *vestire, quod ita factum est.*

Dann bittet er den Bischof, er möge ihm die Güter als Beneficium zurückgewähren, und darauf vollzieht er die symbolische Tradition, wogegen ihm der Bischof den lebenslänglichen Niessbrauch gewährt. Das alles ist symbolisch, unkörperlich, vollzogen am 9. und 10. Januar.

Nun am 11. Januar erfolgt die reale Besitzübertragung je an den verschiedenen zu der Schenkung gehörigen Orten in Gegenwart zahlreicher Zeugen; und von dem Vorgang an einem dieser Orte heisst es, der Beklagte

per fimbriam pallii iacentis super altare vestivit [1]).

Eine Regensburger Urkunde von 822 berichtet, wie der Kläger zu Regensburg von den Beklagten die Vestitur empfangen habe, nachdem die symbolische Rückgabe bereits im gerichtlichen Termin zu Pheterach erfolgt ist [2]).

Aber eine solche körperliche Ausführung der Investitur war, wenn auch natürlich überall möglich, so doch nicht rechtlich nothwendig, seitdem zuerst im königsgerichtlichen, dann auch im volksgerichtlichen Verfahren das oben besprochene *per wadios reddere* aufgekommen war, d. h. die „unmittelbar nach dem Urtheil noch im Mallus mittelst prozessualischer Auflassung“ stattfindende Restitution [3]).

Durch diese Form der symbolischen Investitur, die gerichtliche Anflassung, erfolgte in rechtsförmlicher Weise die Übergabe, ohne dass nachher noch ein körperlicher Akt erfordert gewesen wäre. Und so finden wir denn auch in der grossen Mehrzahl der Urkunden sei es eine solche *redditio per wadios*, sei es eine *redditio* schlechtweg erwähnt; es kann kein Zweifel sein, dass in allen diesen Fällen, auch da wo nur von einem einfachen *reddere* die Rede ist, die gerichtliche Auflassung verstanden werden muss. Die italienischen Urkunden erwähnen, so viel ich weiss, nirgends eine reale Investitur; es

---

[1]) Nr. 327. Meich. I 2 p. 335 n. 661.

[2]) Nr. 239. Ried. I p. 23 n. 22. — Weitere Beispiele: Nr. 265. Hundt XIII p. 12 n. 14 (829); Nr. 289. Meich I 2 p. 309 n. 601, Mon. Boica IX p. 22 n. 14 (837); Nr. 298. Meich. I 2 p. 313 n. 610 (840).

[3]) Brunner RG II S. 518.

ist anzunehmen, dass hier überall, auch da wo nur das auf *redditio* lautende Urtheil erwähnt wird, gerichtliche Auflassung im technischen Sinn stattgefunden hat. Diese gerichtliche Auflassung verschaffte dem Sieger genügende Sicherheit; sie enthielt den rechtsübertragenden Akt. Wir haben oben erwähnt, dass um sie vorzunehmen Scheinrechtsstreitigkeiten aufgeführt wurden; zumal in Italien wurde es ganz allgemeiner Brauch auf diese Weise durch Verwendung der Prozessformen Anerkennung bestehender Rechtsverhältnisse aussprechen zu lassen.

Also auch hier überall ist es nicht der Spruch des Richters, der Recht überträgt, sondern die Handlung der Partei; das Urtheil ist nur dazu da diese Handlung anzubefehlen oder die vollzogene Thatsache zu bekunden und zu bestätigen [1].

Schliesslich ist an den bereits erwähnten Umstand zu erinnern, dass häufig noch besondere Bestimmungen getroffen werden um das Ergebniss des Rechtsganges zu sichern.

Besonders geschieht es, dass die unterlegene Partei noch ausdrücklich, unter Bürgenstellung oder unter Stipulation einer besonderen Strafsumme sich verpflichtet künftighin keine neuen Störungen zu verursachen; andererseits kommt es auch vor, dass der Sieger eine technisch sogenannte *securitas* ausstellt, indem er seinerseits verspricht vom Gegner nicht mehr als das Erreichte zu verlangen. Es sind das Nebenbestimmungen, die keinen Einfluss auf den allgemeinen Charakter des Rechtsverhältnisses haben.

III. Das Ungehorsamsverfahren.

Es bleibt übrig zum Schluss auf diejenigen Fälle hinzuweisen, in denen der Prozess nicht in der regelmässigen Weise erledigt wurde, in denen vielmehr gegen die ausbleibende Partei im Wege des Versäumnissverfahrens vorgegangen werden musste. [2].

[1]) Siehe auch Heusler Gewere S. 69.

[2]) Über das Ungehorsamsverfahren in Italien handelt eingehend Ficker Forschungen I S. 29 ff., S. 61, 62; auf diese Untersuchungen wird hier durchaus Bezug genommen. Ferner sind jetzt besonders zu berücksichtigen die zusammenfassenden Erörterungen Brunners RG II S. 457—467.

Es giebt — um im Anschluss an die Darstellung Brunners einige allgemeine Bemerkungen voranzuschicken — einen doppelten Ungehorsam der Partei: Ungehorsam gegen die Ladung und Ungehorsam gegen das Urtheil. Ursprünglich gab das Recht keine Handhabe, nm gegen den Ungehorsamen einschreiten zu können. Der Gegner erlangte nur dann Befriedigung, wenn die ausbleibende Partei sich rechtsförmlich durch Gelöbniss zum Erscheinen im Termin, zur Ausführung des Urtheils verpflichtet hatte. Aber dann liegt, wie Brnnner bemerkt, auch kein Ungehorsam im technischen Sinn mehr vor, sondern vielmehr Verletzung eines eingegangenen Vertragsverhältnisses. Wo jedoch eine solche ausdrückliche Verpflichtung nicht übernommen war, konnte darum nichts ausgerichtet werden, weil das Recht ursprünglich keine Exekution in liegendes Gut kannte.

Daher wurde ein Ungehorsamsverfahren im Rechtsgang um Liegenschaften erst dann möglich, als sich eine solche, die „Fronung“, entwickelte. Bis dahin gab es bei Ungehorsam gegen die Ladung, wenn der Ungehorsame die zunächst verwirkten Bnssen zu zahlen sich weigerte, und bei Ungehorsam gegen das Urtheil nur die Acht; in allen den Fällen also, in denen auf Acht nicht erkannt werden konnte, nnd zu ihnen gehörten die Klagen um unrechtmässigen Besitz von liegendem Gut, stand kein Exekutionsmittel zu Gebot.

Hier schaffte die aufkommende Fronung Abhülfe, die sich aus der Exekution im Achtverfahren entwickelte und auch die Liegenschaften ergriff. Sie heisst technich *missio in bannum regis,* d. h. sie ist eine Konfiskation des schuldnerischen Vermögens von Obrigkeitswegen. Die öffentliche Gewalt nimmt an Stelle des Schuldners von seinem Vermögen Besitz. Zunächst nur vorläufig; binnen bestimmter Frist darf sich der Schuldner aus dem Bann lösen. Geschieht das nicht, so ist das Gut verfallen. Das eingeklagte Grundstück wird dem Kläger überwiesen, was durch ein königliches Präceptum geschieht. Damit also ist der Kläger trotz Ungehorsams des Beklagten befriedigt.

Ganz besonders in Italien ist das Ungehorsamsverfahren von Ende des neunten Jahrhunderts an verbreitet gewesen; es pflegt hier damit zu schliessen, das der Richter dem Kläger die sogenannte *investitura salva querela* ertheilt, d. h. Besitzein-

weisung unter dem Vorbehalt, dass der Schuldner berechtigt sein soll binnen bestimmter Frist sein Recht klageweise geltend zu machen; daran schliesst sich dann die Verhängung des Königsbanns, durch den der neue Besitzer gegen unberechtigte Eingriffe Dritter geschützt wird.

Nun mögen noch einige Beispiele folgen.

In einer uns schon bekannten Formel aus der Sammlung von Angers wird der Beklagte durch zweizüngiges Urtheil veranlasst in einem neuen Termin entweder seinen Gewährsmann zu stellen oder die streitigen Weinberge herauszugeben[1]). Im neuen Termin bleibt er aus. Kläger wartet vergeblich; er nimmt die rechtsförmliche Konstatierung vor, das sog. *solsadire*, das Auswarten bis zum Abend. Dies wird vom Gericht durch eine Notitia bezeugt, zu dem Zwecke,

> *ut in postmodum, quicquid lex inter eos declarat, attendere debiat*;

d. h. nun ist der Beklagte das zu leisten verpflichtet, was er für den Fall seines Ausbleibens versprochen hatte; wir sehen hieraus deutlich, wie ein Versäumnissverfahren im technischen Sinn dieser Formel noch unbekannt ist; das Gericht hat keine Zwangsgewalt, sondern konstatiert nur das Ausbleiben[2]).

Ähnlich verhält es sich in dem Placitum Sigiberts III. von 648[3]). Der Beklagte bleibt im Beweistermin aus; er hatte durch Abschluss eines Streitgedinges unter Bürgenstellung sich verpflichtet dem Kläger den Beweis zu erbringen. Darum ergeht jetzt das Urtheil das zu thun, was zu thun er im Fall des Ausbleibens versprochen hatte, d. h. die Weinberge herauszugeben. Auch dies also ist kein Ungehorsamsverfahren im eigentlichen Sinn[4]).

Ferner sei das Placitum Chlodovechs III. von 692 genannt. Die Parteien hatten sich in einem Vertrage dahin geeinigt ihren Streit entweder durch einen Eid des Beklagten oder vor dem Königsgericht im Wege Rechtens auszutragen. Da der Beklagte zur Eidesleistung nicht erschienen ist, erwartet ihn

---

[1]) Nr. 20. Form. Andec. n. 47 MGF p. 21.

[2]) Nr. 22. Form. Andec. n. 53 MGF p. 23.

[3]) Vgl. Brunner RG II S. 461 Anm. 1.

[4]) Nr. 23. Neues Archiv XIII p. 157.

der Kläger dem Vertrage gemäss im Königsgericht. Auch hier bleibt er aus. Das wird rechtsförmlich konstatiert, und darauf ergeht von Seiten des Königs das Urtheil,

ut quicquid lex loci vestri de tale causa edocit, memoratus E. . . . . componire et satisfacere non recusit.

Also: der Ausgebliebene wird zu der Busse verurtheilt, die das Recht des Ortes für einen solchen Fall vorschreibt. Hier liegt gleichfalls kein technischer Ungehorsam, sondern Verletzung einer eingegangenen Vertragsverpflichtung vor, und nur die Folgen dieser hat der Beklagte zu tragen [1]).

Wenn in dem Placitum desselben Königs von 693 der ausgebliebene Beklagte zur Herausgabe des streitigen Ortes an den Kläger verurtheilt wird, so ist auch hier anzunehmen, dass sich in einem vorangegangenen Streitgedinge der Beklagte zu dieser Leistung für den Fall seines Unterliegens oder Ausbleibens verpflichtet hatte [2]).

Eine ähnlich allgemeine Urtheilsform wie in dem erwähnten merowingischen Placitum von 692 weist z. B. auch noch ein Placitum Karls des Grossen von 812 auf: der Beklagte, der für sein Erscheinen Bürgen gestellt hatte, bleibt aus; nachdem er rechtsförmlich ausgewartet ist, ergeht das Urtheil, dass er,

sicut lex locis vestre de tale causa docuerit, omnino componeat vel emendare studeat [3]).

In allen diesen Fällen ist die ausbleibende Partei wortbrüchig geworden, sie „gilt nach der fränkischen Rechtssprache für *iectivus*", d. h. eben vertragsbrüchig, was der Erschienene rechtsförmlich, durch Vonsichwerfen (*iectare*) der Festuca öffentlich feststellte [4]).

So heisst es in der bekannten burgundischen Urkunde von 868, als im Beweistermin der Beklagte unentschuldigt ausbleibt

in omnibus geitivus apparuit [5]).

Aus diesen urkundlichen Beispielen, denen ich keine weiteren ausseritalienischen an die Seiten zu stellen wüsste, scheint her-

---

[1]) Nr. 36. DDM p. 53 n. 60.

[2]) Nr. 38. DDM p. 58 n. 66.

[3]) Nr. 197. Tardif p. 76 n. 103. Mühlb. 455.

[4]) Brunner RG II S. 368 f.

[5]) Nr. 370. Pérard p. 148. Th p. 140 n. 100 bis. — Undeutlich ist Nr. 426. Cart. de Mâcon p. 105 n. 152 (879—87).

vorzugehen, dass trotz der in den Kapitularien erfolgten Regelung der Fronung als eines reichsgesetzlichen Exekutionsmittels[1]) im Immobiliarprozess nördlich der Alpen ein eigentliches Versäumnissverfahren mit Fronung der eingeklagten Liegenschaft während der fränkischen Zeit sehr selten zur Anwendung gekommen ist.

Eine alamannische Urkunde weist deutlich ein solches auf: es handelt sich um eine Klage, die der Abt von St. Gallen wider Rachilt und ihren Sohn Heriprecht um verschiedene dem Kloster vom Bruder der Beklagten übertragene Besitzungen erhebt. Auf Grund königlichen Mandats wird eine Inquisition vorgenommen, die zu Gunsten des Klosters ausfällt. Das scheint die Beklagten zu erzürnen, denn

> *eidem testificatione consentire nolentes de placito evaserunt; qua ex causa diiudicatum est, ut eadem res in interdictu banni iusse fierent, usquedum de hoc regalis sententia decerneret.*

Also weil die Beklagten gegen das Urtheil ungehorsam sind, wird über das streitige Gut eine provisorische Fronung verhängt[2]).

Auch die ältesten italienischen Beispiele sind den oben erwähnten fränkischen verwandt.

So heisst es z. B. in einer spoletiner Urkunde von 776, der Kläger hätte

> *per tres vices in constituto paratus per quindecim dies hinc in Spoletum*

verweilt; der vorsitzende Herzog bezeugt selbst, dass die Parteien vor ihm *guadiassent de ipso constituto;* die Beklagten hätten gelobt,

> *ut si cum testibus suis minime in duodecimo die non essent parati fideiussores, quos inter se posuerunt, retraderent ipsum casalem.*

Da nun die Beklagten ausblieben, befiehlt der Herzog den Bürgen die Tradition vorzunehmen. Also auch hier ergeht das

---

[1]) Brunner RG II S. 458 Anm. 7.

[2]) Nr. 288. Wartmann II p. 395 Anhang n. 18 (816—836).

Urtheil auf Grund der mit Bürgschaft gelobten Beweiswette; auch hier liegt kein technisches Versäumnissverfahren vor [1]).

Aus dem Jahre 813 ist eine Notitia vorhanden, in der schlechtweg vom Gericht bezeugt wird, dass die Kläger den Beklagten dreimal vergeblich ausgewartet hätten; von einem Urtheil, einer Befriedigung des klagenden Klosters Farfa, wird nichts gesagt [2]).

Dann aber, seit dem Ende des neunten Jahrhunderts, beginnen die Fälle des eigentlichen Ungehorsamsverfahrens.

Eines der frühesten Beispiele ist, wie Ficker bemerkt [3]), eine mailänder Urkunde von 896. Der Vogt des Ambrosiusklosters trägt vor, dass das Kloster Reichenau in einer früheren Gerichtsverhandlung zu Unrecht mit sechs dem klagenden Kloster gehörigen, zu Lemonta belegenen Mansen investiert worden sei; er beantragt, dass ihm die Investitur ertheilt werde. Da ein Vertreter des Klosters Reichenau nicht zugegen ist, was vom Vorsitzenden durch Aufruf festgestellt wird, ertheilt dieser dem Kläger die Investitur *per fuste.* Also hier erfolgt die Fronung, die Übereignung durch die Obrigkeit, nur dass hier noch nicht, wie später stets, der Königsbann verhängt wird [4]).

Eines der frühesten Beispiele für das vollständig entwickelte Versäumnissverfahren mit Investitur *salva querela* und Königsbann bietet eine am 4. März 897 zu Florenz abgehaltene Gerichtsversammlung [5]). Der Bischof Petrus von Lucca erhebt wider 62 genannte Leute um Besitzungen seiner Kirche Klage. Die Beklagten, obgleich sie dreimal geladen sind, erscheinen nicht. Die Vorsitzenden lassen sie durch einen Boten nochmals vorladen, aber sie sind nicht zu finden;

> *et cum eis non invenissent, tunc ipse Amedeus comes palacii et missus et Adelbertus marchio et comes per fuste, quas in sua tenebant manibus, ipsi domnus Petrus episcopus et Teupert advocatus eius de predictis casis et rebus*

[1]) Reg. di Farfa II p. 88 n. 95. — Vgl. Brunner RG II S. 365 Anm. 57.

[2]) Reg. di Farfa II p. 168 n. 205.

[3]) Forschungen I S. 35 § 11 Anm. 1.

[4]) Cod. Lang. c. 613 n. 370. Fumagalli p. 541. Giulini II p. 472.

[5]) Ficker Forschungen I S. 35 § 11 Anm. 2.



> . . . *investiverunt ad detinendum salva querimonia eorum omnibus. Insuper et ipsi Amedeus . . . et Adelbertus miserunt bannum domni Imperatoris in mancusos aureos duo milia super ipsis casis et rebus*[1]).

Diese Urkunde mag als typisches Beispiel für die unzähligen Fälle dienen, in denen ebenso verfahren wird.

Es sei schliesslich nur noch auf zwei etwas abweichende Urkunden verwiesen.

Als im Jahre 927 zu Pavia der Vogt des Petersklosters in Clivate wider Giselbertus klagt, weil er sich Besitzstörungen habe zu Schulden kommen lassen, ist der Beklagte zwar anwesend, aber

> *nihil inde responsum dare voluit.*

Er soll durch Androhung der Strafe des Königsbanns zur Antwort gezwungen werden,

> *ut exinde iusticiam fecisset; sed . . nequaquam responsum dare voluisset, tacitus inde permansit et taliter de eodem placito perexit.*

Hierüber wird, *ne in alio modo oriatur intencio,* also zur sicheren Konstatierung, die vorliegende Notitia ausgestellt. Dieser Giselbert entzieht sich also ähnlich wie jene Züricher Frau (vgl. S. 235) der Pflicht, zu Recht zu stehen; es müssen besondere Gründe vorgelegen haben, wenn hier der Kläger es unterlässt um die Investitur anzutragen[2]).

Endlich eine parmeser Urkunde von 935, in der es sich um ein Verfahren gegen den Kläger handelt. Der Beklagte erscheint im Beweistermin, in dem der Kläger seine Zeugen zu stellen sich verpflichtet hatte *(adramisset ad probandum per testes);* dieser aber bleibt trotzdem aus und ist trotz nochmaliger Ladung durch den Vorsitzenden nicht anzufinden; so wird denn über das vergebliche Auswarten eine Notitia ausgestellt.[3])

Wir finden also hier, wie in den meisten ausseritalienischen Beispielen, die Verletzung einer besonders eingegangenen Ver-

---

[1]) Mem. di Lucca IV 2 app. p. 70 n. 55. Muratori Ant. I c. 497. Pecci, Vescovi di Siena p. 91.

[2]) Cod. Lang. c. 891 n. 524. Morbio III p. 154.

[3]) Affò Parma I p. 339 n. 57. Ficker p. 29 n. 23. — Vgl. Ficker Forschungen I S. 36.

tragspflicht; andererseits begnügt sich auch hier der Beklagte mit öffentlicher Konstatierung, denn er braucht natürlich als der im Besitz befindliche nicht um die Investitur nachzusuchen.

An dieser Stelle, nachdem das Verfahren bis zur Befriedigung des Siegers verfolgt worden ist, schliesst unsere Erörterung. Es liessen sich noch eine Reihe weiterer Punkte behandeln oder behandelte ausführlicher darstellen; auch könnten noch zahlreiche interessante Urkunden im einzelnen geprüft werden. Doch ich hoffe, dass das Gegebene genügt hat, um die Hauptsachen zu besprechen und zu veranschaulichen, und es wäre andererseits zu fürchten, dass durch das Eingehen auf noch mehr Einzelheiten die auch jetzt vielleicht schon gefährdete Übersichtlichkeit gänzlich verloren ginge. Ist der Zweck dieser Abhandlung auch nur halbwegs erreicht, so muss sich ein Bild entrollt haben, das uns den Immobiliarprozess der fränkischen Zeit als eine im grossen und ganzen bei allen Stämmen des Reichs gleichmässig ausgebildete, auf bestimmten allgemein gültigen Grundsätzen ruhende Institution zeigt, zwar nicht als eine kunstvolle Architektur, aber als einen den Lebensverhältnissen entsprechenden Bau.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.















